



Universidade do Minho
Escola de Direito

Cristina Manuela Araújo Dias

**Do Regime da Responsabilidade (Pessoal
e Patrimonial) por Dívidas dos Cônjuges
(Problemas, críticas e sugestões)**

Outubro de 2007



Universidade do Minho
Escola de Direito

Cristina Manuela Araújo Dias

**Do Regime da Responsabilidade (Pessoal
e Patrimonial) por Dívidas dos Cônjuges
(Problemas, críticas e sugestões)**

Tese de Doutoramento
Ramo: Ciências Jurídico-Civilísticas
Área: Direito da Família

Trabalho efectuado sob a orientação de
Professor Doutor Guilherme de Oliveira
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster
Escola de Direito da Universidade do Minho

Outubro de 2007

DECLARAÇÃO

Nome: CRISTINA MANUELA ARAÚJO DIAS

Endereço Electrónico: cdias@direito.uminho.pt **Telefone:** 253 604 572

N.º do Bilhete de Identidade: 10546418

Título da Tese de Doutoramento:

Do Regime da Responsabilidade (Pessoal e Patrimonial) por Dívidas dos Cônjuges
(Problemas, críticas e sugestões)

Orientadores:

Professor Doutor Guilherme de Oliveira
Faculdade de Direito de Coimbra

Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster
Escola de Direito da Universidade do Minho

Ano de conclusão: 2007

Ramo de Conhecimento do Doutoramento:

Ciências Jurídico-Civilísticas – Direito da Família

DE ACORDO COM A LEGISLAÇÃO EM VIGOR, NÃO É PERMITIDA A REPRODUÇÃO DE
QUALQUER PARTE DESTA TESE.

Universidade do Minho, / /

Assinatura: _____

*DO REGIME DA RESPONSABILIDADE (PESSOAL E PATRIMONIAL) POR
DÍVIDAS DOS CÔNJUGES (PROBLEMAS, CRÍTICAS E SUGESTÕES)*

RESUMO

A análise da responsabilidade por dívidas do casal toca um dos aspectos do regime jurídico patrimonial do casamento com interesse não só nas relações entre os cônjuges mas também entre estes e terceiros, uma vez que a responsabilidade patrimonial é a garantia do cumprimento das obrigações assumidas. É, em princípio, possível regular as relações patrimoniais entre os cônjuges com recurso às regras gerais do Direito das Obrigações ou dos Direitos Reais. Mas, na realidade, tal será dificultado pela existência da própria vida matrimonial com reflexos patrimoniais particulares para os cônjuges e para terceiros que com eles contactem, pelo que seria de todo inconveniente a sua regulação por mera aplicação do Direito patrimonial geral. O regime da responsabilidade por dívidas regulado no Cód. Civil tem presente que a relação conjugal impõe uma obrigação de comunhão de vida que implica necessariamente uma certa osmose patrimonial. Não temos um regime em que se assiste a uma completa separação de patrimónios responsáveis, cada um, pelas respectivas dívidas. Esta realidade exige uma regulamentação própria e especial para as dívidas dos cônjuges que procura conciliar a vida conjugal e a interpenetração patrimonial, por um lado, e o equilíbrio entre os diferentes patrimónios existentes e uma certa protecção dos terceiros credores, por outro lado. Assim, o nosso estudo procurará analisar este regime especial da responsabilidade por dívidas dos cônjuges que constitui um desvio ao Direito das Obrigações, e que carece de uma análise legal mais aprofundada que permita suprir algumas lacunas e interpretar algumas incorrecções que conduzem a incompatibilidades com outros regimes legais.

Por outro lado, é cada vez mais frequente na realidade social a existência de famílias fora do casamento. Pense-se nas famílias fundadas no parentesco ou na adopção e decorrentes de casais que vivem em união de facto. O surgimento de novas realidades sociais exige a abordagem de novos problemas, como o da responsabilidade por dívidas que surjam no âmbito de uma união não fundada no casamento, onde os seus “membros fundadores” não constituem uma sociedade conjugal mas apenas um casal. Procuraremos, assim, efectuar uma abordagem do regime da responsabilidade por dívidas na sociedade familiar e parafamiliar, onde se incluem os cônjuges (sociedade conjugal e familiar) e os casais que vivem em situações análogas às dos cônjuges mas cuja união não passa pelo casamento (uniões de facto e parafamiliares).

A regulamentação do regime da responsabilidade por dívidas dos cônjuges, tal como nos surge actualmente, toca outros aspectos do regime patrimonial do Direito da Família. O regime da administração e disposição dos bens do casal, a relevância dos regimes de bens, as compensações pelo pagamento de dívidas e a partilha dos bens são alguns dos problemas a abordar (e articular) com o regime da responsabilidade por dívidas.

Assim, depois de uma abordagem e análise crítica do regime da responsabilidade por dívidas dos cônjuges, e de uma breve referência à questão da comunicabilidade da dívida do ponto de vista processual, aferiremos da sua articulação com as restantes regras reguladoras das relações patrimoniais entre os cônjuges, e, desde logo, com o regime da administração e disposição dos bens do casal.

As diferenças do regime de responsabilidade por dívidas dos cônjuges face ao regime geral das Obrigações verificam-se essencialmente no caso dos regimes de comunhão onde, além dos patrimónios próprios dos cônjuges, existe um património comum que pode responder pelas dívidas contraídas por um ou ambos os cônjuges. Em todo o caso, também no regime de separação de bens as regras gerais são alteradas, nomeadamente, pelo facto de um cônjuge contrair uma dívida que poderá responsabilizar também o património do outro (art. 1695.º, n.º 2). Importa, por isso, abordar a repercussão do regime de bens e do respectivo regime da responsabilidade por dívidas na protecção dos credores.

A osmose patrimonial que ocorre em virtude da comunhão de vida, exige a previsão de determinados mecanismos destinados a realizar um justo equilíbrio patrimonial entre os cônjuges, em especial, as compensações. Visto que estas só têm lugar no momento da liquidação e partilha da comunhão, o problema da actualização dos valores a considerar é muito importante, pelo que a inflação pode tornar o seu valor nominal irrisório. Daí a importância de analisarmos as insuficiências da lei nesta matéria e as hipóteses a apresentar para as superar.

Problema que pode também colocar-se, e, por isso, será também objecto de análise, no momento da liquidação e partilha é, por um lado, o da regulamentação do passivo não partilhado, e, por outro lado, o da regulamentação das dívidas contraídas entre o momento da dissolução do regime de bens e a efectiva partilha do mesmo.

Finalmente, não poderemos deixar de fazer referência ao problema que a separação de facto entre os cônjuges pode provocar em matéria de responsabilidade por dívidas.

THE PERSONAL AND PROPERTY LIABILITY RULES FOR SPOUSES' DEBTS
(PROBLEMS, CRITICS AND SUGGESTIONS)

ABSTRACT

The study of the liability for debts of the couple plays one of the aspects of the marital property law with interest not only in the relationships among the spouses but also between these and a third person, once the property responsibility is the warranty of the assumed obligations. It is possible to regulate the property relationships among the spouses according to the general rules of the Obligations Law or of the Property Law. But, in reality, it will be affected by the existence of the matrimonial life with specific property reflexes for the spouses and for a third that contacts with them, and for that it would be inconvenient simple application of the general Law. The debts' liability rules regulated by the Civil Code assume that the matrimonial relationship imposes an obligation of community of life that necessarily implicates a certain property osmosis. We don't have a complete separation of responsible property for their own debts. This reality demands a special regulation for the spouses' debts which, on the one hand, tries to match the matrimonial life and the property osmosis and, on the other hand, the balance between the different existent assets and a certain protection of the third creditors. Our study will try to analyse these special rules of the spouses' liability for debts which constitute a deviation to the Obligations Law, and the importance of a deeper legal analysis that allows to delete some gaps and to interpret some mistakes which lead to incompatibilities with other legal rules.

On the other hand, it is more and more frequent nowadays the existence of families outside the marriage: families based on parenthood or adoption and borned of unmarried couples who lived in a *de facto* union. The appearance of new social realities demands the approach to new problems, as the one of the debts' liability in a *de facto* union, between unmarried couples. We will seek an approach of the debts' liability rules in the familiar and "parafamiliar" society where the spouses are included (matrimonial and family society) and also the couples that live in similar situations to the one of the spouses but without marriage (*de facto* union).

The rules of the liability for the spouses' debts, just as they appear nowadays, are related to other subjects of the property Family Law. The management and disposition rules of the couple's goods, the relevance of the property regimes, the compensations for

the payment of debts and the property division/share are some of the problems to approach (and to relate) with the rules of the debts' liability.

So, after an approach and critical analysis to the rules of the liability for the spouses' debts, and to a reference to the debts' problem of the procedural point of view, we will confront those rules with others of the property relationships among the spouses, and, mainly, with the management and disposition rules of the couple's property.

The differences of the rules of debts' liability of the spouses face to the general rules of the Obligations Law are essentially in the case of the community property regime where, besides the spouses' own goods, there is a community property that can pay for the debts of one or both spouses. Nevertheless, in the property regime of separation the general rules are also altered, namely, a spouse can contract debts that can make the other spouse's assets responsible for them (art. 1695.º, n.º 2). It's important, thus, to approach the consequences of the matrimonial property regime and of the respective rules of the debts' liability in the perspective of the creditors' protection.

The property osmosis that happens by virtue of the community of life demands the forecast of certain means in order to accomplish a fair property balance among the spouses, especially, the compensations. But, because they only have place in the moment of liquidation and share/division of the community property, the problem of the reevaluation of the compensations' amounts is very important to consider, once the inflation can turn compensations into a symbolic nominal value. So we will analyse the inadequacies of the law in this matter and present suggestions to overcome them in the futur.

We will also study the problem, at the time of the liquidation and share, related, on the one hand, to the regulation of the debts that weren't shared, and, on the other hand, to the problem of the debts' regulation between the moment of the dissolution of the marital property regime and its efective share.

Finally, we cannot avoid to make a reference to the problem which can arise from the *de facto* separation among the spouses from debts' liability point of vue.

ÍNDICE

ÍNDICE	VII
PRINCIPAIS ABREVIATURAS	X
I. INTRODUÇÃO	1
A RESPONSABILIDADE POR DÍVIDAS NA RELAÇÃO CONJUGAL E (PARA)FAMILIAR.....	1
APRESENTAÇÃO DOS PRINCIPAIS PROBLEMAS.....	8
II. DO REGIME DA RESPONSABILIDADE POR DÍVIDAS DOS CÔNJUGES	39
1. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E DOUTRINAL DO REGIME DA RESPONSABILIDADE POR DÍVIDAS DOS CÔNJUGES ATÉ AO CÓD. CIVIL DE 1966	40
1.1 <i>Notas prévias</i>	40
A) Direito romano.....	44
B) Direito visigótico e período da Reconquista.....	51
C) O regime da responsabilidade por dívidas nas Ordenações.....	62
1.2 <i>Responsabilidade por dívidas dos cônjuges no Cód. Civil de 1867</i>	68
2. RESPONSABILIDADE POR DÍVIDAS DOS CÔNJUGES NO CÓD. CIVIL DE 1966 E AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA REFORMA DE 1977. ALGUMAS NOTAS DE DIREITO COMPARADO.	109
2.1 <i>Introdução</i>	109
2.2 <i>Dívidas da responsabilidade de ambos os cônjuges</i>	120
2.2.1. Art. 1691.º, n.º 1, al. a), do Cód. Civil.....	124
2.2.2. Art. 1691.º, n.º 1, al. b), do Cód. Civil.....	134
2.2.3. Art. 1691.º, n.º 1, al. c), do Cód. Civil.....	163
2.2.4. Art. 1691.º, n.º 1, al. d), do Cód. Civil.....	178
2.2.5. Arts. 1691.º, n.º 1, al. e), e 1693.º, n.º 2, do Cód. Civil.....	189
2.2.6. Art. 1691.º, n.º 3, do Cód. Civil. Referência ao antigo n.º 4 do mesmo art. 1691.º.....	191
2.2.7. Art. 1694.º do Cód. Civil.....	192
2.3 <i>Dívidas da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges</i>	207
2.3.1. Art. 1692.º, al. a), do Cód. Civil.....	207
2.3.2. Art. 1692.º, al. b), do Cód. Civil.....	208

2.3.3. Arts. 1692.º, al. c), e 1694.º, n.º 2, do Cód. Civil.....	218
2.3.4. Art. 1693.º do Cód. Civil.....	218
2.4 <i>Bens que respondem pelas diversas classes de dívidas</i>	223
2.4.1. Dívidas da responsabilidade de ambos os cônjuges (art. 1695.º do Cód. Civil)	223
2.4.2. Dívidas da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges (art. 1696.º do Cód. Civil)	256
3. BREVE REFERÊNCIA AO REGIME PROCESSUAL DO ART. 825.º DO CÓD. DE PROCESSO CIVIL	291
4. DAS DÍVIDAS COMERCIAIS: OS ARTS. 10.º E 15.º DO CÓD. COMERCIAL	311
<i>Articulação do Cód. Civil com o Cód. Comercial em matéria de responsabilidade por dívidas dos cônjuges: principais problemas</i>	<i>311</i>
4.1 Dívidas comerciais da responsabilidade de ambos os cônjuges (art. 15.º do Cód. Comercial e art. 1691.º, n.º 1, al. d), do Cód. Civil).....	311
4.2 Dívidas comerciais da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges (art. 10.º do Cód. Comercial e art. 1696.º, n.º 1, do Cód. Civil)	332
5. BREVES CONSIDERAÇÕES.....	357
<i>III. DA ARTICULAÇÃO DO REGIME DA RESPONSABILIDADE POR DÍVIDAS DOS CÔNJUGES COM O REGIME DA ADMINISTRAÇÃO E DISPOSIÇÃO DOS BENS DO CASAL</i>	<i>362</i>
1. O REGIME DE ADMINISTRAÇÃO DOS BENS DO CASAL E OS PODERES DO CÔNJUGE ADMINISTRADOR (ARTS. 1678.º E SEGS.).....	362
1.1 <i>O regime de administração dos bens do casal à luz do direito anterior.....</i>	<i>363</i>
1.2 <i>O regime de administração dos bens do casal à luz do direito vigente</i>	<i>384</i>
1.3 <i>Os poderes do cônjuge administrador e a contracção de dívidas.....</i>	<i>412</i>
2. O REGIME DA DISPOSIÇÃO DOS BENS DO CASAL E A NECESSIDADE DO CONSENTIMENTO PARA A DISPOSIÇÃO DE CERTOS BENS (ARTS. 1682.º E SEGS.)	436
3. A LEGITIMIDADE DE AMBOS OS CÔNJUGES PARA A CONTRACÇÃO DE DÍVIDAS E DA (DES)ARTICULAÇÃO DO REGIME DE ADMINISTRAÇÃO/DISPOSIÇÃO DOS BENS DO CASAL COM O REGIME DA RESPONSABILIDADE POR DÍVIDAS	471
<i>IV. DA RELEVÂNCIA DOS REGIMES DE BENS NO REGIME DA RESPONSABILIDADE POR DÍVIDAS</i>	<i>495</i>
1. OS DIFERENTES REGIMES DE BENS E A PROTECÇÃO DOS CREDORES NO REGIME DA RESPONSABILIDADE POR DÍVIDAS DOS CÔNJUGES	495
2. A RESPONSABILIDADE POR DÍVIDAS NOS REGIMES DE COMUNHÃO	500

3. A RESPONSABILIDADE POR DÍVIDAS NO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS.....	519
4. O REGIME DE PARTICIPAÇÃO NOS ADQUIRIDOS – A EXPERIÊNCIA ALEMÃ DA ZUGEWINGEMEINSCHAFT.....	525
5. A REGULAMENTAÇÃO LEGAL PORTUGUESA: ANÁLISE DE ALGUMAS DISPOSIÇÕES LEGAIS E O DIREITO COMPARADO	549
V. A LIQUIDAÇÃO E PARTILHA: AS COMPENSAÇÕES DEVIDAS PELO PAGAMENTO DE DÍVIDAS DO CASAL E OS PROBLEMAS RELATIVOS À EXISTÊNCIA DE PASSIVO NÃO PAGO NO MOMENTO DA LIQUIDAÇÃO OU APÓS A PARTILHA.....	572
1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS: COMPENSAÇÕES NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE POR DÍVIDAS DO CASAL	572
2. A REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO ACTUAL (AS INSUFICIÊNCIAS DA LEI).....	586
3. A EXIGIBILIDADE DIFERIDA E A NECESSIDADE DE ACTUALIZAÇÃO DOS VALORES	626
4. REGULAMENTAÇÃO DO PASSIVO NÃO PARTILHADO (E CONTRAÍDO NO DECURSO DO CASAMENTO).....	657
5. REGULAMENTAÇÃO DO PASSIVO EXISTENTE NO MOMENTO DA LIQUIDAÇÃO E CONTRAÍDO APÓS A DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO	682
VI. ALGUMAS NOTAS ACERCA DA RESPONSABILIDADE POR DÍVIDAS NA SEPARAÇÃO DE FACTO	701
VII. RESPONSABILIDADE POR DÍVIDAS E UNIÃO DE FACTO	724
1. REGULAMENTAÇÃO LEGAL	726
2. DA NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DA UNIÃO DE FACTO EM MATÉRIA DE DÍVIDAS.....	731
2.1 Contratos de coabitação.....	731
2.2 Da ausência de regulamentação (contratual e legal)	743
2.3 Regime da responsabilidade por dívidas na união de facto.....	750
3. “UNIÕES LIVRES”	780
VIII. CONCLUSÕES	787
BIBLIOGRAFIA CITADA	823

Principais Abreviaturas

AAFDL	-	Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
ac.	-	acórdão
al.	-	alínea
art.	-	artigo
arts.	-	artigos
BGB	-	Bürgerliches Gesetzbuch
BMJ	-	Boletim do Ministério da Justiça
BOMJ	-	Boletim Oficial do Ministério da Justiça
Bull. Civ.	-	Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation (chambres civiles)
Cass.	-	Cour de Cassation
cfr.	-	confira
cit.	-	citada
Civ. 1. ^{re}	-	Cour de Cassation, première chambre civile
Cód.	-	Código
Col. Jurisp.	-	Colectânea de Jurisprudência
Col. Of.	-	Colecção Oficial
CRP	-	Constituição da República Portuguesa
Dec.	-	Decreto
Dec.-Lei	-	Decreto-Lei
Dr. Fam.	-	Droit de la famille
DP	-	Recueil périodique et critique mensuel Dalloz
Defrénois	-	Répertoire du notariat Defrénois
ed.	-	edição
FamRZ	-	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FD	-	Famiglia e Diritto
For. it.	-	Il Foro Italiano
Giur. It.	-	Giurisprudenza Italiana
Giur. Mer.	-	Giurisprudenza di Merito
Giust. Civ.	-	Giustizia Civile
JCP	-	Juris-Classeur Périodique
JR	-	Jurisprudência das Relações
LULL	-	Lei Uniforme relativa às Letras e Livranças
MünchKomm	-	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
n.º	-	número
NJW	-	Neue Juristische Wochenschrift
ob.	-	obra
p.	-	página
pp.	-	páginas
p. ex.	-	por exemplo
RC	-	Relação de Coimbra
RDES	-	Revista de Direito e Estudos Sociais
Rdn.	-	Randnummer
RE	-	Relação de Évora
Req.	-	Cour de cassation, chambre des requêtes
RG	-	Relação de Guimarães
RL	-	Relação de Lisboa
RLJ	-	Revista de Legislação e Jurisprudência
RP	-	Relação do Porto
RTDC	-	Revue Trimestrielle de Droit Civil
segs.	-	seguintes
STA	-	Supremo Tribunal Administrativo
STJ	-	Supremo Tribunal de Justiça
v.	-	ver
vol.	-	volume

I. Introdução

A responsabilidade por dívidas na relação conjugal e (para)familiar

A análise da responsabilidade por dívidas do casal toca um dos aspectos do regime jurídico patrimonial do casamento com interesse não só nas relações entre os cônjuges mas também entre estes e terceiros, uma vez que a responsabilidade patrimonial é a garantia do cumprimento das obrigações assumidas.

A primeira observação a fazer prende-se com a necessidade de consagrar um regime especial sobre responsabilidade por dívidas dos cônjuges, para além do Direito comum das Obrigações.

Como se sabe, não suscita quaisquer problemas o entendimento de que os direitos familiares são direitos subjectivos influenciados e moldados pelas relações jurídicas familiares dentro das quais existem. Afastando a análise dos direitos familiares pessoais, dotados de uma estrutura e natureza específicas, podemos constatar que os direitos familiares patrimoniais são, originária e estruturalmente, direitos obrigacionais ou reais. Tais relações obrigacionais ou reais são, porém, influenciadas no seu regime pelo facto de se desenvolverem no âmbito de uma relação familiar. De facto, é, em princípio, possível regular as relações patrimoniais entre os cônjuges com recurso às regras gerais do Direito das Obrigações ou dos Direitos Reais. Mas, na realidade, tal seria complicado e muito difícil dado que a vida matrimonial tem reflexos patrimoniais particulares para os cônjuges e para terceiros que com eles contactem, pelo que seria de todo inconveniente a sua regulação por mera aplicação do Direito patrimonial geral¹.

Com efeito, o regime da responsabilidade por dívidas no âmbito da relação familiar apresenta alterações e particularidades face ao Direito comum das Obrigações. Se se aplicassem os princípios gerais do Direito das Obrigações, a situação seria simples: as dívidas contraídas pelos dois cônjuges seriam comunicáveis (e, além disso, seriam, no direito civil – não comercial – em regra, conjuntas, nos termos do art. 513.º do Cód.

¹ P. ex., a comunhão de vida entre os cônjuges implica a obrigação de contribuir para o sustento da família o que exige, perante terceiros, o conhecimento do património responsável pelas dívidas contraídas por um dos cônjuges com esse fim. Problema que se agrava se, além dos patrimónios dos cônjuges, existir um património comum.

Civil)²; as dívidas contraídas por um só dos cônjuges seriam incomunicáveis, próprias desse cônjuge (cada pessoa só pode vincular-se a si mesma)³.

Mas, no regime da responsabilidade por dívidas no Direito da Família aquelas regras sofrem alterações. A comunhão de vida conjugal justifica a adoção de mecanismos mais adequados e especiais. Desde logo, convém salientar que, ao contrário do que vale para a generalidade das obrigações, as dívidas comunicáveis dos cônjuges podem ser contraídas por um só cônjuge (cfr. o art. 1691.º, n.º 1). Por outro lado, pelas dívidas comuns respondem, nos termos do art. 1695.º, n.º 1, os bens comuns do casal e, na falta ou insuficiência deles, solidariamente os bens próprios de qualquer dos cônjuges, ou seja, o património de um dos cônjuges pode ser chamado a pagar dívidas para além da quota de responsabilidade que lhe competiria. O mesmo se refira quanto ao património comum, nos termos do art. 1696.º, frequentemente chamado a responder por dívidas próprias⁴.

Assim, o nosso estudo procurará analisar este regime especial da responsabilidade por dívidas dos cônjuges que constitui um desvio ao Direito das Obrigações. Trata-se da regulamentação do problema da responsabilidade por dívidas no âmbito da relação conjugal, sendo, por isso, necessária a aplicação do regime específico previsto no Direito da Família e que se apresenta necessariamente diferente do que decorreria do Direito comum⁵. As diferenças são essencialmente no caso dos regimes de comunhão onde, além dos patrimónios próprios dos cônjuges, existe um património comum que pode responder pelas dívidas contraídas por um ou ambos os cônjuges. Em todo o caso, também no regime de separação de bens as regras gerais são alteradas, nomeadamente,

² Sempre que no texto sejam citados artigos, sem indicação expressa do diploma a que pertencem, a menção reporta-se ao Cód. Civil.

³ Com efeito, de acordo com o Direito comum, cada cônjuge teria legitimidade para assumir dívidas e responderia com o seu património pelo seu cumprimento. Tal como referem Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 445 e 446, seriam utilizáveis as técnicas do mandato e da gestão de negócios, para que um dos cônjuges pudesse obrigar o outro; o instrumento da solidariedade passiva, com vista a que um dos co-obrigados pagasse mais do que a sua parte na obrigação; e também o da fiança, para que o património de um dos cônjuges pudesse reforçar a garantia do cumprimento das obrigações assumidas pelo outro.

⁴ Haverá, obviamente, nestes casos, uma compensação, nos termos do art. 1697.º.

⁵ E o mesmo se diga em relação a qualquer problema que surja no âmbito da relação matrimonial, ou seja, a solução há-de encontrar-se, em primeiro lugar, nas regras específicas do Direito da Família. V., M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, “Das relações entre o Direito comum e o Direito matrimonial – a propósito de atribuições patrimoniais entre cônjuges”, 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. 487-500.

A mesma ideia é apresentada por A. Colomer, *Droit Civil. Régimes matrimoniaux*, 10.ª ed., Paris, Litec, 2000, pp. 7 e 8, ao referir que a responsabilidade por dívidas dos cônjuges encontra no ordenamento jurídico francês um regime específico face ao Direito comum das Obrigações, em virtude da especificidade da relação matrimonial.

pelo facto de um cônjuge contrair uma dívida que poderá responsabilizar também (ainda que por metade) o património do outro (art. 1695.º, n.º 2).

Por outro lado, é cada vez mais frequente na realidade social a existência de famílias fora do casamento. Pense-se nas famílias fundadas no parentesco ou na adopção e decorrentes de casais que vivem em união de facto⁶. O surgimento de novas realidades sociais exige a abordagem de novos problemas, como o da responsabilidade por dívidas que surjam no âmbito de uma união não fundada no casamento, onde os seus “membros fundadores” não constituem uma sociedade conjugal mas apenas um casal. No casamento ou na união de facto, os cônjuges ou os conviventes comportam-se *de facto* da mesma forma: vivem em comunhão, compram ou arrendam em comum a casa onde habitam e os bens que a integram, dividem as despesas quotidianas, apresentam-se como um casal⁷.

Procuraremos efectuar uma abordagem do regime da responsabilidade por dívidas na sociedade familiar e parafamiliar, onde se incluem os cônjuges (sociedade conjugal e familiar) e os casais que vivem em situações análogas às dos cônjuges mas cuja união não passa pelo casamento (uniões de facto e parafamiliares). É evidente que, pautados pela regulamentação legal, o regime da responsabilidade por dívidas será abordado em relação aos cônjuges. A questão que pretendemos introduzir será a de saber se este regime poderá aplicar-se às relações parafamiliares, atendendo à sua potencial regulamentação legal e aos problemas concretos que se colocam também a casais que vivem em situação análoga à dos cônjuges (e a necessária protecção de terceiros credores). Independentemente de haver ou não um casamento, o problema da responsabilidade por dívidas contraídas no decurso de uma união colocar-se-á sempre. A questão a resolver será a de saber que regime aplicar, ou seja, a mesma regulamentação pensada para a sociedade conjugal (ou até um regime específico) ou o regime geral do Direito das Obrigações.

⁶ Entendemos que a existência de uma *família* não exige o casamento, podendo constituir-se por qualquer uma das relações jurídicas familiares previstas no art. 1576.º do Cód. Civil. A família pode assentar numa relação de parentesco ou de adopção. Questão controversa é a de saber se a união de facto é uma relação de família, não no sentido das relações familiares que dela resultam (como os filhos que nasçam da união de facto), mas no de ela própria ser uma relação de família. V., sobre esta questão, *infra*, pp. 726 e 727, nota 1685.

Em sentido contrário, Antunes Varela, *Direito da Família*, vol. I, 5.ª ed., Lisboa, Livraria Petrony, 1999, p. 37, refere que a filiação fora do casamento constitui uma relação jurídica cujo regime se assemelha ao da filiação legítima, “*mas essa relação familiar, tal como a adopção constituída por solteiro, viúvo ou divorciado sem filhos não basta para constituir uma família. A família constitui-se a partir do casamento e manter-se-á, após a dissolução deste, se nele houver descendentes (naturais ou adoptivos)*”.

⁷ Anne Barlow, *Cohabitants and the law*, London, Butterworths, 2001, p. 5.

Ainda que com algumas referências pontuais em certos costumes e leis antigas, é fundamentalmente com as Ordenações e, sobretudo, ulteriormente e de forma clarificada, no Cód. Civil de 1867 que a matéria da responsabilidade por dívidas dos cônjuges é regulamentada. As diferentes concepções sociais da relação conjugal e do papel de cada um dos cônjuges na mesma condicionou a regulamentação do regime da responsabilidade por dívidas e, em geral, as relações patrimoniais entre os cônjuges. De uma aparente igualdade dos cônjuges com incapacidade da mulher casada e poder de direcção do marido⁸ passou-se para uma efectiva igualdade dos cônjuges perante a lei.

Numa altura em que apenas o marido tinha poderes de administração e de disposição dos bens e em que só ele, em princípio, contratava com terceiros e contraía obrigações, a lei não se preocupava em regular os problemas ligados ao regime da responsabilidade por dívidas.

Para além da influência do direito romano, do direito canónico e do direito germânico, essencialmente visigótico, manifesta-se também a contribuição do elemento primitivo ou celtibérico, em época anterior à dominação romana e que não desaparece completamente sobre a acção do direito romano. A organização social primitiva assentava sobre o tipo patriarcal e nestas sociedades o casamento realizava-se por meio de uma alienação solene do poder do *pater*, que tomava frequentemente o aspecto de uma venda, recebendo este da parte do noivo o preço do seu poder sobre a filha.

A mulher passava, com o casamento, a ocupar na nova família a posição que ocupava na família de origem e o marido, adquirindo a posição de *pater*, passava a exercer sobre ela os mesmos poderes que exercia sobre os que se encontravam sujeitos à sua autoridade. Neste sistema a mulher não tinha quaisquer bens; todos os bens pertenciam ao grupo familiar representado pelo *pater familias*. Em consequência, tal sistema em que a mulher aparece subordinada ao marido, não tendo qualquer bem, conduz à inutilidade de regulação (ou de prática consuetudinária) do regime de dívidas do casal. De facto, só o marido teria legitimidade para contratar e contrair dívidas, onerando o património familiar, no desempenho do seu papel de *pater familias* e administrador dos bens do casal.

Sob o domínio das Ordenações, e quanto aos poderes dos cônjuges sobre os bens, nada de novo há a acrescentar. Com efeito, o marido, como administrador e chefe de

⁸ Carlos da Costa Picoito, *Da situação jurídica da mulher casada no campo do direito privado*, Faro, Tip. União, 1961, p. 13, escrevia, à luz do Dec. n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910, que “os princípios orientadores da sociedade conjugal são: igualdade dos cônjuges e unidade de direcção que pertence ao cônjuge marido”.

família, dispunha livremente dos bens móveis, mas não podia vender ou alienar bens imóveis ou bens de que o casal tivesse o usufruto sem o consentimento da mulher⁹. Este consentimento tinha de ser expresso, não bastando que fosse tácito, por receio de que a influência do marido fizesse com que muitas vezes a mulher não se pronunciasse, o que não significava que consentisse na disposição. Não havendo o referido consentimento, a disposição não produzia qualquer efeito, podendo a mulher revogar judicialmente a venda¹⁰. Com efeito, ainda que o marido fosse administrador dos bens e tivesse poderes de disposição, os nossos costumes sempre tiveram em atenção os bens de raíz, ou seja, o marido para poder alienar os bens de raíz comuns, ou os seus próprios ou os próprios da mulher, carecia do consentimento desta. É evidente que, também na altura, o marido poderia escapar a esta limitação contraindo dívidas, pelas quais os credores poderiam executar os bens de raíz, e ao que a mulher não podia, muitas vezes, opor-se.

A matéria da responsabilidade por dívidas, salvo algumas notas, não apresentava um regime específico na legislação das Ordenações, dado o estado de relativa inferioridade da mulher casada. As matérias eram abordadas de modo disperso e até de difícil harmonização entre si, confundindo-se, muitas vezes, as épocas e as influências sobre cada regime ou instituto jurídico. Em consequência, só o marido tinha capacidade para se obrigar e contrair dívidas, responsabilizando, no casamento “*por carta de metade*” (comunhão universal), todos os bens do casal. Em especial, e como norma reguladora da responsabilidade por dívidas, dispunha o § 4.º do título XCV, do livro IV, das Ordenações Filipinas (que correspondia ao § 5.º do título VII, do livro IV, das Ordenações Manuelinas): “(...) posto que os bens sejam comunicados entre o marido e mulher, tanto que casam simplesmente ou por carta de metade, se ao tempo que casaram cada um tinha dívidas que devesse aos credores, não será obrigado o outro às ditas dívidas em tempo algum, nem se fará execução nos bens que trazer, em parte, nem em todo, enquanto o matrimónio entre eles durar: somente se poderá pôr execução, durante o matrimónio, nos bens que aquele, que assim era devedor, trouxe consigo ao tempo que casou, e na metade dos bens que depois de casados foram adquiridos”.

Portanto, e como veremos, a legislação anterior ao Cód. de Seabra não regulava a matéria da responsabilidade por dívidas de forma abrangente, deixando à margem vários problemas. A lei não referia os bens que respondiam pelas dívidas, presumindo-se que

⁹ Título VI, do livro IV, das Ordenações Manuelinas, e título XLVIII, do livro IV, das Ordenações Filipinas.

¹⁰ Carecendo, para isso, do consentimento do marido ou, na sua falta, do respectivo suprimento (§ 2.º do título VI, do livro IV, das Ordenações Manuelinas, e § 2.º do título XLVIII, do livro IV, das Ordenações Filipinas).

eram todos (salvo os bens dotais) e cabia ao marido, como administrador, o seu pagamento. Ora, a referida regulamentação até se compreende pois a lei apenas regulava as questões que habitualmente surgiam e que se ligavam à contracção de dívidas pelo marido. Assim, ainda que algumas referências possam encontrar-se nas Ordenações à matéria da responsabilidade por dívidas, o que é certo é que tal regulamentação surge, de forma clarificada, no Cód. de Seabra.

O Cód. Civil de 1867 conservou as desigualdades existentes entre marido e mulher, dado que, por regra, a mulher não podia contrair dívidas sem autorização do marido e este, qualquer que fosse o regime matrimonial, podia contraí-las por si só, sem consentimento da mulher, responsabilizando os seus bens próprios e a sua meação nos adquiridos. De facto, o marido, na sua qualidade de chefe de família, podia obrigar, sem consentimento da mulher, os seus bens próprios e a sua meação nos bens comuns; a mulher não tinha legitimidade para, por si só, contrair dívidas, porque não tinha poderes administrativos, não podendo responsabilizar sequer os seus bens próprios se não tivesse o consentimento do marido (salvo nos casos dos arts. 1116.º, 1128.º e 1129.º, n.º 4 (no regime de separação de bens), e 1192.º, do Cód. de Seabra).

De uma forma geral, nos regimes da administração e disposição dos bens e da responsabilidade por dívidas (e, em geral, nas relações patrimoniais entre os cônjuges) salientava-se a ideia de supremacia do marido em relação à mulher. Tal supremacia resultava de a administração dos bens do casal ser atribuída ao marido, apenas pertencendo à mulher na sua falta ou impedimento (art. 1189.º do Cód. de Seabra), não podendo esta regra ser alterada em convenção antenupcial (art. 1104.º do Cód. de Seabra). A mulher casada era considerada totalmente incapaz em actos de natureza patrimonial visando-se, com isso, dar à sociedade conjugal, no interesse da família, unidade de direcção e de governo. De facto, a supremacia do marido raramente era justificada por uma ideia de desigualdade ou de inferioridade da mulher, mas para protecção da família, pela necessidade de uniformizar a administração da sociedade conjugal.

De referir a possibilidade de a mulher contrair dívidas para satisfação das necessidades da vida familiar. De facto, as dívidas contraídas pela mulher no exercício do governo doméstico (art. 39.º do Dec. n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910), por serem em proveito comum do casal, eram comunicáveis, embora não fossem autorizadas pelo marido. O referido art. 39.º resolveu as dúvidas que se levantavam sobre se seriam válidos os actos praticados pela mulher no governo doméstico, tornando desnecessária a

ficção de um mandato tácito do marido com o qual se justificava a validade daqueles actos da mulher¹¹. O objectivo principal da construção de tal mandato, ainda que também se visasse proteger o credor, era sobretudo encontrar o meio adequado que permitisse à mulher, considerada incapaz, a contracção de dívidas relativas ao governo doméstico. A mulher podia, assim, praticar os negócios necessários ao desempenho dessa função e a respectiva contracção de dívidas, as quais, dado, por regra, a mulher carecer de meios próprios, vinculavam apenas o marido.

O conteúdo efectivo desse poder só em concreto podia definir-se, atendendo à condição económica e social dos cônjuges. Em casais com recursos modestos e cuja economia se circunscrevesse ao governo da casa, a atribuição à mulher daquele poder significava que lhe era confiada praticamente a administração dos bens do casal.

A atribuição desse poder à mulher no âmbito do governo doméstico traduzia o que no ordenamento jurídico alemão se designava por *Schlüsselgewalt*, ou seja, para que a mulher pudesse governar o lar (função que lhe era atribuída) a lei conferia-lhe, independentemente do regime de bens, o poder de, no círculo da economia doméstica, administrar os bens e representar o marido. Pela atribuição de tal poder a mulher surgia como representante do marido, contraindo dívidas em seu nome e, assim, responsabilizando-o apenas a ele pelas mesmas, sendo de aplicar as regras da representação. Só haveria responsabilidade da mulher se expressamente ela actuasse em seu nome próprio.

Um dos traços característicos do projecto do Cód. Civil de 1966 era a maior independência e autonomia da mulher casada e a sua progressiva emancipação económica. Tal fenómeno, entre outros, foi destruindo a antiga concepção patriarcal, autoritária do grupo familiar, assente na superioridade conjugal do marido. No âmbito das relações pessoais e patrimoniais entre os cônjuges, o novo código amplia os poderes da mulher casada, eliminando certas limitações infundadas à sua capacidade, ao mesmo tempo que eleva à categoria de regime supletivo de bens o da comunhão de adquiridos em lugar da comunhão geral. Porém, apesar de considerar a maior independência da mulher casada como um dos sinais mais característicos dos tempos modernos, o projecto não aceitou as profundas consequências que esse movimento implicaria no domínio das relações familiares. De facto, o projecto não proclamou a igualdade jurídica dos cônjuges, a qual acabaria por destruir a necessária unidade da família. Foi

¹¹ O Cód. Civil de 1966 continuou a prever a atribuição do governo doméstico à mulher no art. 1677.º.

em nome dessa unidade familiar que o Cód. Civil de 1966 continuou a aceitar o princípio da chefia do marido e a manter certas restrições na esfera pessoal e patrimonial da mulher casada. Manteve-se a supremacia da mulher no governo doméstico e imputou-se ao marido a principal responsabilidade pelo sustento económico da família (arts. 1677.º e 1879.º do Cód. Civil de 1966). O poder de decisão nos assuntos de interesse comum e o direito de representação da família continuavam a pertencer ao marido, sem quebra da dignidade da mulher que deveria ser ouvida acerca deles (art. 1880.º do Cód. Civil de 1966).

A Reforma de 1977 traduziu essencialmente a adaptação do Cód. Civil à CRP, pautada pelo princípio da igualdade dos cônjuges (art. 36.º da CRP). Tal igualdade teve, obviamente, reflexos nas relações pessoais entre os cônjuges (arts. 1671.º e segs.) e nas relações paterno-filiais e exercício do poder paternal, mas também no domínio das relações patrimoniais entre os cônjuges, nomeadamente, no campo da administração e disposição dos bens do casal (desaparece a figura do marido como único administrador dos bens, surgindo dois administradores com poderes administrativos próprios e com poderes de disposição) e da responsabilidade por dívidas (se, mesmo à luz do Cód. Civil de 1966, ambos os cônjuges tinham legitimidade para contrair dívidas, tal regra pouco significava para a mulher que tinha limitados poderes administrativos).

A regulamentação do regime da responsabilidade por dívidas dos cônjuges, tal como nos surge actualmente, e que oportunamente analisaremos, toca outros aspectos do regime patrimonial do Direito da Família. O regime da administração e disposição dos bens do casal, a relevância dos regimes de bens, as compensações pelo pagamento de dívidas e a partilha dos bens são alguns dos problemas a abordar (e articular) com o regime da responsabilidade por dívidas.

Apresentação dos principais problemas

O regime da responsabilidade por dívidas regulado no Cód. Civil tem presente que a relação conjugal impõe uma obrigação de comunhão de vida que implica necessariamente uma certa osmose patrimonial. Não temos um regime em que se assiste a uma completa separação de patrimónios responsáveis, cada um, pelas respectivas

dívidas¹². Esta realidade exige uma regulamentação própria e especial para as dívidas dos cônjuges que procura conciliar a vida conjugal e a interpenetração patrimonial, por um lado, e o equilíbrio entre os diferentes patrimónios existentes e uma certa protecção dos terceiros credores, por outro lado.

Com efeito, o problema da responsabilidade por dívidas coloca-se no decurso do casamento (um determinado credor, querendo obter o pagamento de um crédito, precisa saber quem pode demandar judicialmente) e, por isso, há que analisar o seu regime no decurso do mesmo, a sua ligação com o regime da administração e disposição dos bens do casal e sua articulação nos diferentes regimes matrimoniais.

Mas aparece-nos, de igual modo, no momento da liquidação e partilha dos regimes matrimoniais. Só que aqui o problema desloca-se das relações dos cônjuges com terceiros credores¹³, para o relacionamento entre os próprios cônjuges (dando origem às compensações e/ou aos créditos entre cônjuges).

Assim, começaremos com uma abordagem e análise crítica do regime da responsabilidade por dívidas dos cônjuges, da legitimidade para contrair dívidas, da determinação das dívidas próprias e das comuns, do apuramento do regime da responsabilidade pessoal e patrimonial pelas mesmas. Qualquer que seja o regime de bens estabelecido entre os cônjuges, cada um deles tem legitimidade para contrair dívidas sem o consentimento do outro (art. 1690.º, n.º 1). Questão diferente da legitimidade é a de saber se a dívida contraída por um dos cônjuges responsabiliza apenas o cônjuge em causa ou ambos os cônjuges e, conseqüentemente, quais os bens que por ela respondem. Aqui analisaremos os problemas que podem surgir da regulamentação legal, nomeadamente, o da interpretação do consentimento exigido na al. a) do n.º 1 do art. 1691.º; o conceito de encargos normais da vida familiar, para

¹² Nem mesmo no regime de separação de bens. Jacques Leroy, "Perspectives sur le devenir du régime de la séparation de biens", *RTDC*, 1983, p. 34, afirma que a simplicidade da separação de bens desaparece com a inevitável confusão de bens no decurso do casamento e, conseqüentemente, das respectivas dívidas.

¹³ Relações essas que, até à partilha, são reguladas pelas normas previstas nos arts. 1690.º e segs.

Contrariamente ao disposto no Cód. Civil francês (arts. 1482.º e segs.), o nosso ordenamento jurídico não prevê a regulamentação das dívidas dos cônjuges depois de realizada a partilha, ou seja, a situação de a dívida ser contraída no decurso do casamento (art. 1690.º, n.º 2) e o credor apenas a vir exigir depois da dissolução do mesmo e partilha dos bens (sem que nesta se tenha considerado tal dívida). Parece-nos que se a dívida for própria (com base nos arts. 1691.º e segs.) só responderão os bens próprios do ex-cônjuge devedor (onde se incluirá a sua meação nos bens comuns que, com a partilha, ingressou no seu património próprio). Se a dívida for comum, responderão os dois cônjuges na proporção em que receberam a sua meação, tratando-se de um dos regimes de comunhão. Não existindo esta meação (ou se se diluiu no património próprio), não parece justo afectar os credores com a partilha, ou seja, poderão estes exigir o pagamento da dívida solidária ou conjuntamente aos cônjuges (por força do art. 1695.º, n.ºs 1 e 2). Remetemos a análise desta questão para o respectivo capítulo.

efeitos da al. b) do n.º 1 do art. 1691.º (e o problema da responsabilidade solidária ou conjunta, consoante o regime de bens, em vez de um regime uniforme para estas dívidas, como prevêem os ordenamentos jurídicos estrangeiros); o conceito de proveito comum do casal (especialmente, nos casos de subscrição de letras ou prestação de aval ou fiança) e de limites próprios dos poderes do administrador (art. 1691.º, n.º 1, al. c)); o regime especial das dívidas contraídas no exercício do comércio, previsto no art. 1691.º, n.º 1, al. d), sua articulação com o art. 15.º do Cód. Comercial e a defesa da sua abolição; a especificidade das dívidas que oneram doações, heranças ou legados (art. 1693.º) e as que oneram bens comuns ou próprios (art. 1694.º); o regime das dívidas comerciais; etc.

Relevante é também a análise crítica da razão e fundamento para o regime da solidariedade patrimonial pelas dívidas comuns nos regimes de comunhão, em paralelo com o regime da conjunção previsto para o regime da separação de bens (art. 1695.º), afastando-se a regra geral da responsabilidade integral do património do devedor (cônjuge que contrai a dívida). A ideia da comunicabilidade da dívida (responsabilizando ambos os cônjuges) tem subjacente o facto de a mesma beneficiar ou poder beneficiar ambos os cônjuges e, com a comunicabilidade, proteger o credor que em vez de um só devedor tem dois. Acontece que no regime de separação de bens, sendo a dívida comum, não só respondem os cônjuges conjuntamente como o credor pode não obter o pagamento integral do seu crédito se um dos cônjuges não tiver bens. Ou seja, os interesses dos credores não foram particularmente considerados, ao contrário do que acontece nos regimes de comunhão, sendo de aplicar a regra geral da conjunção como se de uma qualquer dívida se tratasse, e apenas essa responsabilidade conjunta (não parecendo existir responsabilidade pessoal e integral do cônjuge que contraiu a dívida). De facto, sendo a dívida contraída por apenas um dos cônjuges, mas da responsabilidade comum, nem o património do cônjuge que contraiu a dívida pode o credor executar na totalidade, afastando-se aqui da regra geral da garantia das obrigações (art. 601.º). Entendemos, como melhor veremos, que o cônjuge que contrai a dívida deveria responder na totalidade por ela. O credor está em pior posição sendo a dívida comum do que se ela for própria do cônjuge que a contraiu.

Paralelamente, e agora nos regimes de comunhão, a análise da solidariedade patrimonial demonstrará ser essa uma solução excessivamente onerosa numa altura em que a independência e autonomia patrimoniais pautam as relações entre os cônjuges. Mesmo nos regimes de comunhão, onde a solidariedade mais se poderá justificar,

poderia também vigorar o regime da conjunção. Ou seja, com a diferença de, em primeiro lugar, responder pelas dívidas comuns o património comum, poderia estipular-se o mesmo que no regime de separação de bens: na falta ou insuficiência do património comum responderiam subsidiariamente os bens dos cônjuges em regime de conjunção, sem prejuízo da responsabilidade integral do cônjuge que contraiu a dívida, como também defenderemos para a separação de bens. Salvaguardam-se, em todo o caso, as dívidas relativas aos encargos da vida familiar, objecto de regime especial.

Por outro lado, será também objecto de análise o art. 1696.º e a responsabilidade patrimonial pelas dívidas próprias, a compreensão dos bens que respondem ao mesmo tempo que os bens próprios do cônjuge devedor, a existência da antiga moratória e a revogação tácita do art. 10.º do Cód. Comercial.

A regulamentação do regime da responsabilidade por dívidas no âmbito das disposições gerais reguladoras dos efeitos patrimoniais do casamento contrasta com a regulamentação apresentada noutros ordenamentos jurídicos. Com efeito, nos direitos francês, italiano, espanhol e alemão o regime da responsabilidade por dívidas é regulado em função de cada regime de bens. Exceptua-se, como veremos, as dívidas contraídas para ocorrer ao sustento e às necessidades da vida familiar, reguladas numa parte geral aplicável a todos os regimes de bens.

A responsabilidade dos bens comuns implica a análise da questão da comunicabilidade da dívida do ponto de vista processual. Ainda que não se pretenda um estudo do direito processual, a eventual desarmonia entre o direito substantivo da responsabilidade por dívidas e o direito processual implica que a este se dirijam algumas notas. O problema que aqui se discutirá coloca-se no caso de o credor ter título executivo, diferente de sentença, contra um dos cônjuges apenas, mas sendo a dívida, de acordo com a lei civil, comum. Neste caso, e de acordo com o art. 55.º do Cód. de Processo Civil, a execução tem de ser intentada contra o cônjuge que subscreveu o título, como se de dívida própria se tratasse, apenas podendo penhorar-se os bens próprios deste e a sua meação nos bens comuns. Sendo assim, fica afastada a regra da responsabilidade patrimonial do art. 1695.º, apesar de a dívida ser substancialmente comum, mas própria do ponto de vista adjectivo. Importa, assim, que o direito processual preveja uma forma de, nesses casos, ser discutida a questão da comunicabilidade da dívida. É a essa questão que o art. 825.º do Cód. de Processo Civil faz referência.

Depois da análise do regime da responsabilidade por dívidas em si, impõe-se a sua articulação com as restantes regras reguladoras das relações patrimoniais entre os cônjuges, e, desde logo, com o regime da administração e disposição dos bens do casal, onde o legislador não parece ter tido grandes preocupações de harmonização. A regulamentação do passivo no âmbito dos efeitos patrimoniais do casamento deve encontrar o seu paralelo, e a sua razão de ser, na organização do activo e no regime de administração e disposição dos bens. Só existindo certas regras de administração e poder de disposição de determinados bens se justifica a responsabilidade desses mesmos bens no pagamento de certas dívidas. Numa altura em que o marido era o único administrador dos bens do casal, não podia justificar-se que a mulher pudesse contrair quaisquer dívidas ou por elas responsabilizar o património comum ou o património do marido (não podendo administrar os bens não teria sentido obrigá-los por dívidas); e, por outro lado, justificava-se que as dívidas contraídas pelo marido responsabilizassem todos os bens do casal. Com o princípio da igualdade jurídica entre os cônjuges e a repartição dos poderes de administração (e de disposição, daqueles dependentes) por ambos os cônjuges, o regime da responsabilidade por dívidas adaptou-se para poder articular-se com tais poderes. De facto, com uma nova disposição dos poderes dos cônjuges era necessária uma nova regulação da administração dos bens do casal e, em consequência, da responsabilidade por dívidas do casal. As relações patrimoniais com terceiros não podem deixar de coincidir com as relações patrimoniais entre os cônjuges, assentes no princípio da igualdade.

É esta aparente (des)articulação que analisaremos ao abordar o regime de administração e disposição dos bens do casal e a sua ligação com o regime da responsabilidade por dívidas. De facto, tal como anteriormente se entendia que a mulher, dado que não tinha capacidade para administrar os bens, não tinha legitimidade para contrair dívidas em relação aos bens que não administrasse, também deveria funcionar o mesmo em relação a ambos os cônjuges. Ora, o que pode acontecer é o cônjuge não poder dispor livremente de um bem, mas acabar por onerá-lo ou aliená-lo por força do regime da responsabilidade por dívidas. Daí a necessidade da análise do referido regime de administração e disposição dos bens do casal, da identificação das eventuais desarticulações e a sua possível justificação ou necessidade de alteração.

Os poderes do cônjuge administrador vão além da mera administração, abrangendo poderes de disposição dos móveis comuns ou próprios do cônjuge administrador (art. 1682.º). No conceito amplo de administração do cônjuge cabem todos os actos de

gestão patrimonial para cuja prática ele não careça do consentimento do outro, ou seja, incluem-se não só os actos de conservação e frutificação normais dos bens, mas também certos actos de disposição e oneração dos bens. O mesmo pode dizer-se quanto à contracção de dívidas no exercício da administração. Podendo qualquer um dos cônjuges contrair dívidas (art. 1690.º) que podem ser comuns (p. ex., e desde logo, por força do art. 1691.º, n.º 1, al. c)), pode provocar-se algum prejuízo no património comum (e indirectamente ao outro cônjuge, na sua meação), sem que, à partida, o cônjuge administrador seja responsabilizado pelos seus actos. Por isso, importará analisar também este problema, ou seja, o da eventual e necessária responsabilização do cônjuge administrador. O nosso legislador regulou a situação normal da vida familiar, mas “esqueceu” a previsão de eventuais medidas de regulação das situações de crise. De facto, não é quando a vida matrimonial corre normalmente que os problemas da administração e disposição dos bens do casal se põem. Quando surgem situações de crise (de desentendimentos, separação de facto...) é que as dificuldades surgem e impõe-se a sua regulamentação pelo Direito. E aqui o nosso ordenamento jurídico falha, como veremos, fazendo prevalecer a teoria da fragilidade da garantia e a não intromissão do tribunal na vida familiar. O que, no nosso entendimento, só agrava as crises familiares.

Veremos que seria importante distinguir, e no caso de se tratar de uma dívida que envolva actos de administração de bem comum (e fora da hipótese prevista no art. 1691.º, n.º 1, al. c)), em matéria de responsabilidade patrimonial (e a admitir a redacção actual do art. 1695.º), de entre as dívidas que responsabilizam os patrimónios próprios dos cônjuges em qualquer regime de bens, as que foram contraídas no exercício da administração ordinária dos bens comuns e as que excederam esse exercício. Só assim se articulam os regimes de administração e de responsabilidade por dívidas. Caso contrário, pode responder o património do cônjuge não contraente (e mesmo na totalidade, no caso do art. 1695.º, n.º 1) por uma dívida assumida pelo seu cônjuge quando este não tem a administração do bem em causa.

Em matéria de administração e de disposição, há uma acentuada autonomia dos cônjuges no exercício de uma actividade comercial e, por isso, não se compreende a desarticulação com o regime da responsabilidade por dívidas onde, sem justificação, permanece a al. d) do n.º 1 do art. 1691.º, considerando comuns as dívidas contraídas no exercício do comércio. De facto, se se entende que o cônjuge no exercício do comércio pode praticar quaisquer actos livremente, não se compreende que pelos mesmos respondam o património comum e o de qualquer um dos cônjuges.

Por outro lado, sabemos que a constituição de direitos reais de garantia exige nos regimes de comunhão o consentimento de ambos os cônjuges, como, p. ex., constituição de uma hipoteca sobre um bem comum. No caso de incumprimento da obrigação por esta garantida, responde pela dívida o bem comum onerado e todos os bens comuns e, solidariamente, os bens próprios de ambos os cônjuges (art. 1695.º). Por isso se justifica a necessidade do consentimento de ambos para a sua constituição. Mas, se se tratar de uma hipoteca sobre um bem próprio, esta carece do consentimento do outro cônjuge para a sua constituição ainda que a dívida seja, em princípio, própria (art. 1694.º, n.º 2). Assim, não sendo o património comum nem o do outro cônjuge afectado pela constituição desta garantia não se justifica, neste caso, a necessidade do consentimento do outro cônjuge. Além do mais, também no regime de separação, onde a dívida é própria, não há necessidade do consentimento do outro cônjuge para a constituição de tais garantias. E não nos parece que a possibilidade de executar a meação do cônjuge devedor, na falta de bens próprios, seja argumento bastante para defender a necessidade do consentimento. É que qualquer um dos cônjuges pode contrair dívidas que podem mesmo ser comuns e responsabilizar o património comum, e aqui a lei não teve o cuidado de exigir o consentimento (p. ex., no caso do art. 1691.º, n.º 1, als. b), c) ou d)). O que acontece é que se impõe um consentimento de ambos os cônjuges para a oneração, com direitos reais de garantia, de bens próprios e comuns, nos regimes de comunhão, mas este já não é necessário quando se “oneram” bens comuns com a contracção de dívidas.

Quanto à casa de morada da família, a lei exige, em qualquer regime de bens, o consentimento para a sua alienação, oneração, arrendamento ou constituição de outros direitos pessoais de gozo, mas não a protege no caso de execução por dívidas. Ou seja, podendo qualquer um dos cônjuges contrair dívidas sem o consentimento do outro, pode acabar por ser executada, penhorada e vendida a casa de morada da família, seja por dívidas comuns (se for um bem comum) seja por dívida própria (se for bem próprio ou até, sendo bem comum, se se incluir na meação do devedor).

Como referimos, o regime da responsabilidade por dívidas entre os cônjuges apresenta especificidades face ao Direito das Obrigações. As diferenças de tal regime face ao regime geral verificam-se essencialmente no caso dos regimes de comunhão onde, além dos patrimónios próprios dos cônjuges, existe um património comum que pode responder pelas dívidas contraídas por um ou ambos os cônjuges. Em todo o caso, também no regime de separação de bens, as regras gerais são alteradas, nomeadamente,

pelo facto de um cônjuge contrair uma dívida que poderá responsabilizar também (ainda que conjuntamente) o património do outro (art. 1695.º, n.º 2). Importa, por isso, abordar a repercussão do regime de bens e do respectivo regime da responsabilidade por dívidas na protecção dos credores. É evidente que, à partida, será nos regimes de comunhão que os terceiros credores encontram maior protecção, dado existir um património comum que também responderá pelas dívidas (a título principal ou subsidiário). Procuraremos verificar tal facto e aferir se terá razão de ser num momento em que a autonomia e independência patrimoniais e financeiras dos cônjuges se fazem sentir. Assim, depois de uma abordagem geral dos regimes de bens e dos limites à liberdade de convenção (art. 1699.º), tentaremos avaliar o regime da responsabilidade por dívidas à luz de cada regime de bens, na perspectiva da protecção da família e dos credores. Apesar de a lei regular tal matéria independentemente do regime de bens vigente entre os cônjuges, em determinados pontos a vigência de um regime de comunhão ou de separação faz toda a diferença. É esta diferença que procuraremos abordar. Pretendemos aferir das principais diferenças entre os regimes de bens de comunhão e separação, tentando, a partir daí, concluir qual o mais adequado à actual situação patrimonial dos cônjuges.

Como constataremos, não há propriamente um regime puro de comunhão ou de separação, assistindo-se à penetração de ideias separatistas nos regimes de comunhão e de ideias comunitárias no regime de separação. Nos regimes de comunhão, os patrimónios próprios dos cônjuges aumentam em detrimento do património comum, assumindo ambos os cônjuges iguais poderes de administração; na separação de bens prevê-se uma contribuição proporcional dos cônjuges para os encargos do casal, bem como restrições aos poderes do proprietário da casa de morada da família. São estas aproximações entre os dois regimes que levam algumas legislações a tentar combinar os dois, como acontece com o regime de comunhão nos ganhos ou de participação nos adquiridos (*Zugewinnngemeinschaft*) da Alemanha, que se traduz numa partilha das valorizações ou uma separação de bens com igualação nos ganhos (*Gütertrennung mit Zugewinnausgleich*).

Não pretendemos assumir uma posição quanto à preferência de um regime de bens de comunhão ou de separação, mas apenas apontar as vantagens ou inconvenientes de cada um do ponto de vista da responsabilidade por dívidas dos cônjuges e interesses de terceiros credores. Em termos gerais, pode dizer-se que o regime de separação beneficia de uma maior simplicidade, assegurando, pelo menos formalmente, uma igualdade entre os cônjuges. Por seu lado, o regime de comunhão de adquiridos tem a vantagem de

fazer participar ambos os cônjuges nos bens adquiridos depois do casamento, dando ao cônjuge que se dedica à actividade doméstica, não remunerada, a parte que lhe cabe nos ganhos e economias do outro, correspondendo ao ideal de comunhão dos cônjuges no plano patrimonial. A comunicação dos rendimentos dos bens próprios e das aquisições a título oneroso feitas no decurso do casamento constitui uma justa e proporcionada participação dos dois cônjuges nos resultados dos seus esforços comuns e da colaboração material e moral que mutuamente prestam.

Como já fizemos referência o problema da responsabilidade por dívidas pode colocar-se também no domínio da liquidação e partilha dos bens do casal: por um lado, nas relações internas entre os cônjuges (sendo de analisar as compensações devidas pelo pagamento de dívidas bem como os eventuais créditos entre os cônjuges); por outro lado, nas relações com terceiros credores, sendo de resolver o problema do passivo não partilhado e do passivo existente no momento da liquidação e contraído após a dissolução do casamento.

A comunhão de vida que existe entre os cônjuges conduz, inevitavelmente, a uma promiscuidade patrimonial. O desenvolvimento normal da vida conjugal força à interpenetração patrimonial, à osmose entre os patrimónios próprios e o comum. É nos regimes de comunhão que tal facto mais acentuadamente se faz sentir, não sendo habitualmente fácil distinguir o que é próprio de cada cônjuge e o que é comum. Partimos, assim, do regime da comunhão de adquiridos como regime supletivo e da regulamentação do regime das compensações pelo pagamento de dívidas, não descurando, porém, o regime de separação.

A referida osmose patrimonial que ocorre em virtude da comunhão de vida, exige a previsão de determinados mecanismos destinados a realizar um justo equilíbrio patrimonial entre os cônjuges. Na constância do matrimónio é possível que ocorram transferências de valores entre as diferentes massas de bens em presença. Tais transferências darão origem, no momento da partilha dos bens, a créditos e débitos recíprocos: os patrimónios próprios podem ser credores do comum, este daqueles e os próprios de cada um podem ser devedores dos próprios do outro. Tendo por objectivo restabelecer o equilíbrio entre os diferentes patrimónios, as compensações procuram evitar o enriquecimento injusto, como princípio geral de direito, de um património em detrimento de outro, decorrente, em especial, do pagamento de dívidas, por um dos patrimónios, que oneram definitivamente outro património. Por outro lado, a técnica das compensações impõe que se determine o rasto dos movimentos de valores entre os

patrimónios, permitindo identificar as transferências que pretendem defraudar a imutabilidade do regime de bens, encobrir negócios jurídicos proibidos ou constituir liberalidades não sujeitas ao regime da revogabilidade.

As particularidades das relações patrimoniais entre os cônjuges, traduzidas na obrigação de comunhão de vida e na realização de um equilíbrio patrimonial justo, exigem um estatuto próprio e uma regulamentação específica face às restantes relações jurídicas estabelecidas entre pessoas não casadas. Por isso, as compensações entre as diferentes massas patrimoniais só são devidas no final da comunhão de vida e partilha dos bens.

O n.º 1 do art. 1697.º representa uma excepção ao direito de regresso nas obrigações solidárias passivas em geral (cfr. o art. 524.º), no que toca ao prazo de exigibilidade. Apresenta-se, assim, como um regime excepcional face ao Direito das Obrigações, onde há a exigibilidade imediata de todos os créditos (se alguém é titular de um crédito pode, obviamente, exigir o seu pagamento ao devedor). De facto, no campo obrigacional, não tendo as partes determinado um prazo ou um dia certo para o cumprimento das obrigações, o art. 777.º, n.º 1, estabelecendo o princípio geral em matéria de obrigações puras, determina que o credor tem o direito de exigir a todo o tempo o cumprimento da obrigação, assim como o devedor pode a todo o tempo exonerar-se dela. O vencimento de tais obrigações fica, assim, na dependência da vontade das partes. Apesar disso, há prestações que, seja pela sua natureza, seja pelas circunstâncias que a determinaram, seja pela força dos usos (art. 777.º, n.º 2), não podem ser subordinadas ao princípio da imediata exigibilidade. Não parece haver dúvidas de que as compensações pelo pagamento de dívidas do casal, afastando-se do princípio geral do Direito das Obrigações, não são imediatamente exigíveis, sendo diferidas para um momento ulterior ao seu surgimento.

De facto, o art. 1697.º, n.ºs 1 e 2, refere expressamente o “momento da partilha”. As razões da proibição da partilha dos bens comuns antes de cessarem as relações patrimoniais entre os cônjuges prendem-se com a ideia da protecção de um património comum especialmente afectado às necessidades da vida familiar. Têm que ver, além disso, com a própria natureza deste património comum, regulado pela lei como um património colectivo, tendo os cônjuges apenas direito a uma meação, em regra, só concretizável após a dissolução do casamento. Faz sentido, portanto, que a liquidação da comunhão ocorra somente no momento da dissolução da mesma e que só nessa

altura se concretize o direito de cada um dos cônjuges sobre os bens que fazem parte da comunhão.

Visto que as compensações só têm lugar no momento da liquidação e partilha da comunhão, o problema da actualização dos valores a considerar é muito importante, pelo que a inflação pode tornar o seu valor nominal irrisório. Daí a importância de analisarmos as insuficiências da lei nesta matéria e as hipóteses a apresentar para as superar.

Problema que pode também colocar-se no momento da liquidação e partilha é, por um lado, o da regulamentação do passivo não partilhado. Será o caso da contracção de uma dívida no decurso do casamento, que entretanto foi dissolvido, procedendo-se à liquidação e partilha do regime de comunhão vigente. O credor não reclamou a sua dívida, não constando esta do passivo da comunhão. Uma vez realizada a partilha dos bens, o credor vem reclamar o pagamento da sua dívida, alegando e provando que no momento em que foi contraída a mesma era comum, e, por isso, exigindo o seu pagamento mediante os bens comuns e subsidiariamente sobre os bens próprios de qualquer um dos cônjuges. Ora, não havendo já bens comuns, terá o cônjuge que não contraiu a dívida que a pagar, nos termos do art. 1695.º, n.º 1, ou seja, pagar mesmo a totalidade da dívida, sendo certo que o casamento já se dissolveu e se procedeu à partilha dos bens comuns?

Esta solução protegeria seguramente melhor os interesses de terceiros credores mas poderá obviamente ser gravosa para o cônjuge que não contraiu a dívida. Contudo, há que proteger o direito dos terceiros credores nestas situações. De facto, e excluindo os casos em que a culpa é sua por não ter reclamado o seu crédito, o credor não pode ser prejudicado pela partilha efectuada entre os cônjuges se detém um crédito que consubstancia uma dívida comum. Além disso, tratando-se de dívida contraída no decurso do casamento (art. 1690.º, n.º 2) será de aplicar o regime da responsabilidade por dívidas do casal e não pode considerar-se haver qualquer prejuízo para o cônjuge que não contraiu a dívida. O problema estará na concretização prática da responsabilidade patrimonial. Ora, não havendo mais património comum como responderão os cônjuges face a terceiros?

Por outro lado, há que resolver como regular as dívidas contraídas entre o momento da dissolução do regime de bens e a efectiva partilha do mesmo, ou seja, continuarão a aplicar-se as regras do regime de bens (muito embora o casamento tenha já sido

dissolvido) ou aplicar-se-ão as regras gerais de qualquer indivisão como se não tivesse existido qualquer regime de bens entre os cônjuges.

O regime de bens termina com a dissolução mas mantém-se a comunhão, pelo que só com a partilha se sabe o que é próprio de um e outro cônjuge e o que é comum, e só nessa altura se apuram e pagam as dívidas. Contudo, terminando as relações pessoais e patrimoniais entre os cônjuges, não tem sentido que se mantenham unidos pelo regime da responsabilidade por dívidas, podendo um cônjuge ser solidariamente responsável por uma dívida que o outro contraiu, só por ainda não se ter procedido à partilha dos bens. O grande problema é a existência de um património comum que permanece até ao momento da partilha. Pelas dívidas já contraídas (art. 1690.º, n.º 2) será de aplicar o regime da responsabilidade por dívidas do casal. As dívidas a contrair depois da dissolução não deverão sujeitar-se a tal regime que apenas regula as relações patrimoniais entre cônjuges e não entre ex-cônjuges. Procuraremos então saber como deverão regular-se.

Finalmente, não poderemos deixar de fazer referência ao problema que a separação de facto entre os cônjuges pode provocar em matéria de responsabilidade por dívidas. A questão que aqui analisaremos será a das dívidas contraídas no decurso do casamento mas onde existe separação de facto dos cônjuges, quando essa separação é fundamento de divórcio. Não há dúvidas que, ao contrário dos problemas que serão analisados no capítulo da liquidação e partilha, aqui será de aplicar o regime da responsabilidade por dívidas do casal, dado permanecer o casamento. Mas, porque cessa a comunhão de vida, a questão estará em saber se os pressupostos que permitem a responsabilidade comum de certas dívidas continuam a preencher-se ou se a separação de facto implica a sua não verificação. A nossa atenção centrar-se-á, por isso, no art. 1691.º, n.º 1, als. b), c) e d), e n.º 2. O problema estará em saber se os conceitos legais de encargo normal da vida familiar e de proveito comum estão preenchidos no caso de separação de facto.

A responsabilidade por dívidas pode também surgir no âmbito dos casais que vivam em união de facto, onde o principal problema que se coloca é o de saber se pode aplicar-se o regime patrimonial matrimonial e, em especial, o da responsabilidade por dívidas previsto para o casamento. De facto, não podemos deixar de fazer referência a uma realidade que cada vez mais se impõe como facto social e à qual o Direito tem atribuído alguns efeitos jurídicos. Não nos cabe analisar os pressupostos da sua existência, a sua razão de ser ou o fundamento para a atribuição de efeitos jurídicos à união de facto, mas sim, partindo da sua existência e reconhecimento de alguns efeitos jurídico-

patrimoniais, estudar o problema da responsabilidade por dívidas contraídas pelos conviventes no decurso da união de facto.

Em geral, as relações estabelecidas entre os membros da união de facto são regidas pelo Direito comum e não pelo Direito da Família e, em especial, pelas regras aplicáveis ao casamento. Mas justificar-se-á uma regulamentação da união de facto em matéria de dívidas, equiparando-a ao casamento ou, pelo contrário, deverá deixar-se tal matéria na livre disponibilidade das partes, podendo regulá-la por contrato, e aplicando o regime geral? Caberá, assim, proceder a uma análise dos problemas colocados em matéria de dívidas contraídas por um ou ambos os membros da união de facto e os meios de os solucionar. Podendo distinguir-se os efeitos da união de facto consoante se trate de relações entre os membros da mesma, entre estes e os filhos e entre aqueles e terceiros, centraremos a nossa análise nas relações entre conviventes e entre estes e terceiros.

Na análise da regulamentação legal do regime da responsabilidade por dívidas no Cód. Civil português, bem como na abordagem dos problemas que nos propomos focar, impõe-se a compreensão do regime jurídico previsto em outros ordenamentos jurídicos. Sabendo como o regime da responsabilidade por dívidas é tratado em ordens jurídicas semelhantes à nossa, poderemos comparar soluções, chamando a atenção para as principais questões que podem colocar-se¹⁴. Assim, referiremos certas normas de alguns ordenamentos jurídicos mais próximos do nosso em matéria de Direito da Família¹⁵.

Uma última nota para referir que nos propomos a analisar o regime da responsabilidade por dívidas do casal, objecto de regulamentação legal, no Cód. Civil, e a sua articulação com problemas conexos que se colocam no âmbito das relações patrimoniais entre os cônjuges e face a terceiros. Fora do âmbito do presente estudo, ainda que, pontualmente, e dada a interpenetração das matérias, a elas possamos fazer

¹⁴ A necessidade de olharmos para os códigos estrangeiros impõe-se, sobretudo, pelo cariz marginal do ponto de vista do seu estudo que o regime da responsabilidade por dívidas assume entre nós. Por outro lado, este olhar para o direito comparado parece ser tradicional na nossa doutrina. Como refere Braga da Cruz, *Obras Esparsas*, vol. II, 1.ª parte, Coimbra, Coimbra Editora, 1981, pp. 50 e 51, a propósito da aplicação dos códigos estrangeiros como direito subsidiário, fundando-se na autoridade da Lei da Boa Razão, “a licitude da utilização destes Códigos estrangeiros, como subsidiários do nosso direito, a ninguém, então, oferece dúvidas”.

¹⁵ Como será o caso dos ordenamentos jurídicos francês, espanhol, italiano e alemão. Tentando uma análise comparativa esclarecedora dos principais problemas que se nos colocam em matéria de responsabilidade por dívidas entre os cônjuges, a abordagem destes ordenamentos será, em geral, restrita, atendendo ao escopo limitado do presente estudo. Cfr., sobre a importância da pesquisa comparatística em Direito da Família, Pamplona Corte-Real, *Direito da Família e das Sucessões. Relatório*, Suplemento da Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, Lex, 1995, p. 66.

De chamar a atenção para o facto de mesmo o direito inglês, sem complexo de normas reguladoras da matéria e onde a regra é a da separação de patrimónios, ter em conta a necessidade de apurar, sobretudo atendendo aos momentos de crise, por que dívidas respondem ambos os cônjuges ou apenas o marido ou a mulher. V., Gareth Schofield/Jonathan Middleton, *et alii, Debt and insolvency on family breakdown*, NFLG, Bristol, Jordan Publishing Limited, 2003, pp. 2-12.

algumas referências, ficam questões como a do regime fiscal das dívidas de um ou de ambos os cônjuges face ao Estado ou outra entidade pública, ou a do regime da insolvência de um dos cônjuges¹⁶ ou do das dívidas face à banca (e o problema das contas bancárias). Com efeito, as contas bancárias colectivas constituem prática habitual entre pessoas casadas¹⁷. São o meio normal de administração da vida patrimonial comum, sejam as contas correntes (destinadas aos ganhos e despesas mais significativas da família), sejam contas a prazo (de poupança, destinadas a financiar despesas extraordinárias dos cônjuges, como a aquisição de uma casa).

O art. 1680.º prevê a liberdade de constituição e movimentação de contas bancárias, independentemente de os valores depositados serem próprios ou comuns, podendo qualquer um dos cônjuges dispor dos valores em causa sem necessidade do consentimento do outro cônjuge. A existência desta norma do art. 1680.º, traduzindo a necessária autonomia e independência patrimonial entre os cônjuges, pode ser perigosa ao nível de responsabilidade por dívidas. Assim, e se os valores depositados forem bens comuns¹⁸, pode um dos cônjuges utilizar os mesmos para pagamento de dívidas

¹⁶ Em todo o caso os problemas postos pela insolvência de um dos cônjuges não deixam de ser referidos, na medida em que a insolvência é fundamento do pedido de separação judicial de bens e partilha dos bens comuns (art. 141.º, n.º 1, al. b), do Cód. da Insolvência e Recuperação de Empresas - CIRE). Mesmo no caso de insolvência de ambos os cônjuges (arts. 264.º e segs. do CIRE), o art. 266.º do CIRE determina que os bens comuns e os bens próprios de cada um dos cônjuges são inventariados, mantidos e liquidados em separado, para garantia dos direitos dos credores.

O problema da insolvência de um dos cônjuges era discutido por vários autores italianos atendendo à “*presunzione muciana*” prevista no art. 70.º, 1.º, da *Legge Fallimentare*, anterior à Reforma de 2005, e a sua relação com a *impresa familiare* (v., p. ex., G. Oppo, “Acquisti alla comunione coniugale e pregiudizio dei creditori personali”, *Rivista di Diritto Civile*, ano XXVII, I, 1981, pp. 11 e segs., “Regimi patrimoniali della famiglia e fallimento del coniuge”, *Rivista di Diritto Civile*, ano XXXIV, I, 1988, pp. 43-58, e *Persona e famiglia*, vol. V, Milano, Cedam, 1992, pp. 278-298, e pp. 255 e segs., Corsi, “Comunione legale, scioglimento e presunzione muciana”, *Giurisprudenza Commerciale*, ano X, n.º 2, 1983, pp. 737-746, e A. Bartalena, “Inapplicabilità della presunzione muciana agli acquisti in regime di comunione legale”, *Giurisprudenza Commerciale*, ano XI, n.º 2, 1984, pp. 122-132).

¹⁷ Como refere M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 301, nota 360, a prática de contas bancárias pertencentes a diversos titulares da mesma família parece ter tido origem na necessidade de realizar a transmissão *mortis causa* dos fundos depositados. Ao morrer um dos titulares (e proprietário único dos bens depositados) os fundos são retirados pelo sobrevivente como se fossem próprios, iludindo desta forma os regimes sucessório e fiscal. No mesmo sentido, J. M. Muñoz-Planas, *Cuentas bancarias con varios titulares*, Madrid, Civitas, 1993, p. 25. Este último autor, pp. 20 e 21, nota que a constituição de contas bancárias com vários titulares é frequente entre os cônjuges, permitindo o desenvolvimento económico da família, cujos créditos e despesas mais significativos ingressam na referida conta corrente.

Por outro lado, e seguindo o entendimento de M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, cit., p. 302, embora nas contas singulares tal também possa acontecer, é sobretudo nas contas colectivas ou plurais que é mais evidente a possibilidade de os cônjuges desvirtuarem o seu estatuto patrimonial pela abertura das referidas contas bancárias.

¹⁸ Referem Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. IV, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1992, p. 293, que se um dos cônjuges depositar em seu nome exclusivo quantias que sejam comuns, “cabe naturalmente ao lesado reagir contra o abuso pelos meios adequados”. Interrogámo-nos quanto a esses meios de defesa entre os cônjuges estando em causa bens comuns. De facto, se um cônjuge resolver depositar bens comuns numa conta exclusiva sua, e mesmo que não se trate de uma das excepções

próprias, com prejuízo dos credores comuns e do outro cônjuge que, na falta de outros bens comuns, poderá ter que responder na totalidade pela dívida pela qual, não fosse a actuação do seu cônjuge, responderiam os bens comuns depositados. Isto sem prejuízo das devidas compensações nos termos do art. 1697.º.

Generalizou-se, paralelamente, a ideia de que sendo ambos os cônjuges contitulares de uma conta solidária, cada um pode efectuar sobre ela quaisquer movimentos, sem que o estatuto patrimonial seja invocável entre eles ou oponível ao Banco ou a terceiros. De facto, cada um dos cônjuges é credor do Banco pela totalidade das somas disponíveis e pode efectuar sozinho qualquer operação até ao esgotamento do crédito. Ora, os bens depositados, podem ter diversas origens, ou seja, podem pertencer a patrimónios distintos aos quais correspondessem poderes de administração e de disposição diferentes¹⁹. Cada cônjuge pode fazer ingressar no seu património, por força do levantamento ou disposição de valores da conta solidária, somas que pertencem ao património do outro cônjuge ou ao património comum²⁰.

A abertura de contas bancárias movimentadas por qualquer um dos cônjuges (contas colectivas solidárias)²¹, ainda que permitam aos cônjuges juntarem o que ganham e

do art. 1678.º, n.º 2, à regra da administração conjunta, o depósito e movimentação da conta são actos de administração ordinária pelo que a administração cabe a cada um dos cônjuges (art. 1678.º, n.º 3, 1.ª parte). Se se trata de “usurpação” de bens comuns por parte de um dos cônjuges trata-se das relações internas entre os mesmos, a regular apenas no momento da liquidação e partilha. Parece-nos, por isso, que o cônjuge lesado não pode opor-se à actuação do outro cônjuge em depositar e movimentar bens comuns numa conta bancária (podendo, obviamente, e se for o caso, requerer a separação judicial de bens ou o divórcio). Só poderá um cônjuge actuar, com recurso às regras gerais, se se tratar do depósito de bens próprios seus pelo seu cônjuge e que este depois disponha (salvo se investido num mandato), devendo demonstrar que se trata de bens próprios seus. Os autores franceses admitem também o bloqueio da conta por esse cônjuge, provando a ausência de poderes do depositante sobre os bens.

¹⁹ É frequente cada um dos cônjuges abrir uma conta de depósito à ordem onde são depositados os respectivos salários e que é administrada por aquele que aparece como primeiro titular. Contudo, mesmo essas contas são normalmente abertas em nome dos dois, o que não significa que o segundo titular se considere como o proprietário dos valores depositados na conta. De referir, e seguindo M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, cit., p. 306, nota 367, que o depósito bancário implica a transferência da propriedade do dinheiro entregue ao Banco. O Banco pode utilizar tal dinheiro, sendo o depositante apenas titular de um direito de crédito. Por isso, ao falar de proprietário refere a autora reportar-se a um momento anterior à entrega dos valores ao Banco para depósito.

²⁰ Michel Dupuis, “Une institution dérogeant aus règles des régimes matrimoniaux: le compte bancaire joint”, *Recueil Dalloz Sirey*, VI, 1988, p. 41. A jurisprudência espanhola considera mesmo que o levantamento dos valores depositados na conta, que integra bens comuns, por um dos cônjuges (ingressando os mesmos no seu património próprio) não pode considerar-se uma apropriação indevida (J. M. Muñoz-Planas, *ob. cit.*, p. 155), por ser titular solidário da conta. O que não impede, tais como quaisquer contitulares das contas, a existência de uma possível fraude nas relações internas entre os contitulares, traduzida na existência de eventuais compensações ou reembolsos entre os cônjuges (J. M. Muñoz-Planas, *ob. cit.*, pp. 157 e 158 e pp. 169 e 170).

²¹ Designa-se por conta colectiva ou plural a que é aberta em nome de vários titulares. Tais contas colectivas podem ser conjuntas, se só podem ser movimentadas por ambos os titulares, ou solidárias, quando cada um dos titulares tem legitimidade para as movimentar autonomamente (cada um dos cônjuges isoladamente pode levantar e transferir a soma que na conta se encontre depositada). Também na Alemanha, a conta plural (*Gemeinschaftskonto*) pode ser solidária (*Oder-Konto*) ou conjunta (*Und-Konto*).

gastarem em conjunto e permitam a concessão de crédito pelas instituições bancárias, perturbam a aplicação das normas do direito patrimonial da família. A existência de tais contas faz surgir um regime pretensamente autónomo e simplificado, assente no contrato de depósito e na prática bancária (à margem das regras do direito matrimonial). O estatuto patrimonial dos cônjuges não tem repercussões nas relações com o Banco e com os credores dos titulares da conta²². O Banco executa as ordens dos titulares sem indagar previamente a natureza do acto em causa e sobre a questão de saber se o cônjuge se mantém nos limites dos seus poderes de administração²³. Uma coisa é a

No caso de *Oder-Konto* qualquer um dos cônjuges pode dispor dela. Nas AGB (*Allgemeine Geschäftsbedingungen*), regulando os efeitos jurídicos das contas plurais, estabelece-se que, na dúvida, a conta plural é solidária, só podendo o direito de disposição da conta ser atribuído a apenas um dos cônjuges por documento escrito passado ao Banco. Como referem Claus-Wilhelm Canaris, *Handelsgesetzbuch Großkommentar. Bankvertragsrecht*, vol. 3, 3, 2.^a ed., Berlin/New York, Walter de Gruyter, 1981, pp. 118 e 119, e Schröder/Bergschneider, *Familienvermögensrecht*, Bielefeld, Ernst und Werner Gieseking, 2003, Rdn. 5.468, p. 542, a conta solidária comporta alguns riscos para os titulares, dado que os credores de um deles podem executar a totalidade dos valores nela depositados e ambos os cônjuges são também solidariamente responsáveis pelos respectivos débitos. De referir ainda que nas propostas de abertura de contas apresentadas pelo Banco existe em regra uma cláusula de protecção que permite a cada um dos cônjuges a revogação da legitimidade para qualquer um dispor sozinho da conta. Uma vez revogada, a conta solidária transformar-se-á numa conta conjunta. Isto releva sobretudo no caso de fracasso do casamento, para impedir levantamentos fraudulentos.

De igual modo, em França fala-se em *comptes joints* (conta colectiva a que se liga uma solidariedade activa e passiva dos seus titulares pelos créditos e débitos respectivos – Michel Dupuis, *loc. cit.*, p. 39) e em Itália de *conti congiunti*. Estas abrangem os depósitos *semplici* (cada depositante só pode exigir ao Banco uma quota nos valores depositados) e os depósitos *solidali* (cada um pode exigir a totalidade dos valores). A prática bancária espanhola refere dois tipos de depósitos colectivos: os *conjuntos* e os *indistintos*, seguindo os primeiros o regime das obrigações conjuntas e os segundos o das obrigações solidárias (J. M. Muñoz-Planas, *ob. cit.*, pp. 29-38, e M.^a Pilar Alvarez Olalla, *Responsabilidad Patrimonial en el Régimen de Separación de Bienes*, Pamplona, Aranzadi, 1996, p. 474).

²² M.^a Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, *cit.*, p. 307.

²³ Mesmo à luz do Cód. Civil de 1966, em que a mulher não detinha os mesmos poderes de administração do marido, entendia-se que, face ao art. 1680.º, podia depositar e levantar dinheiro em Bancos, podendo, contudo, o marido, quando a administração dos valores em causa lhe coubesse a ele, opor-se a tais actos (conforme o que se dispunha no então art. 1680.º, n.º 2). Mas não bastava que o marido comunicasse ao Banco ou o informasse da sua oposição, sendo necessária uma acção judicial (ainda que, enquanto o Banco não fosse notificado da referida acção, o marido não respondesse pelos pagamentos feitos pela mulher). V., A. Lopes Cardoso, *A Administração dos Bens do Casal*, Coimbra, Almedina, 1973, p. 190.

Pelo contrário, no direito francês, e quanto às contas *ménagères*, cabia ao Banco notificar o marido do depósito, para que este pudesse fazer-lhe oposição (Marcel Frejaville, “Le compte de banque de la femme mariée dit “compte de ménage”, *JCP* 1943.I.364, n.º 3, e Francis Delhay, “Les comptes bancaires de la femme mariée”, in AAVV, *Quelques aspects de la nouvelle situation de la femme mariée*, Paris, Puf, 1968, p. 45). Numa altura em que se desenvolveu a importância da moeda escritural e em que a mulher detinha e dispunha de certos valores (como ganhos e salários ou rendimentos de bens próprios, dinheiro recebido do marido para a satisfação das despesas domésticas, bens decorrentes de uma liberalidade ou de uma sucessão em que a mulher foi chamada...), em 1943 o Cód. Civil francês autorizava as mulheres a abrirem em seu nome uma conta sob certas condições (quando exercessem uma profissão ou se tivessem a administração e uso dos bens em causa - arts. 222.º e 1538.º da então redacção do Cód. Civil francês) e uma conta que, em virtude do mandato doméstico, podiam ter em representação do marido (*compte ménager* - art. 221.º do Cód. Civil francês) – v., Flour/Champenois, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, Armand Colin, 1995, pp. 99 e 100. A aplicação imperfeita dos referidos artigos conduziu a que frequentemente os Bancos exigissem a intervenção do marido para a abertura de contas por mulher casada (Henri Mazeaud, *et alii*, *Leçons de Droit Civil. La famille*, vol. III, tomo I, 7.^a ed., Paris, Montchrestien, 1995, p. 509, nota 2). Para evitar isto, a Reforma de 1965 do Cód. Civil francês estipulou a norma do ainda vigente art. 221.º do Cód. Civil francês. Pode, assim, qualquer um dos cônjuges abrir livremente, sem consentimento do outro, uma conta bancária, não podendo o

titularidade da conta e outra a de saber a propriedade dos fundos aí depositados, ou seja, uma coisa é saber quem está legitimado, nas relações com o Banco, para movimentar a conta, e outra é determinar em qual dos patrimónios relativos ao regime matrimonial se devem imputar os valores depositados²⁴. Ao Banco interessa apenas que o cônjuge que dá a ordem esteja legitimado, de acordo com o contrato que com o Banco celebrou.

Em virtude da constituição de tais contas bancárias entre os cônjuges pode o estatuto patrimonial dos cônjuges ser afectado²⁵. Com efeito, pode implicar uma transferência de bens entre as várias massas patrimoniais do casal²⁶, a subversão das normas relativas à

Banco opor-se a essa abertura, nomeadamente, alegando a necessidade de conhecimento do regime matrimonial e a origem dos fundos depositados. Pode, porém, obviamente, recusar a referida abertura por outras razões que não a qualidade de casado do depositante. V., Vasseur/Marin, *Les compes en banque*, tomo I, Paris, 1966, pp. 69-79, Aubry/Rau, *Droit Civil français. Régimes matrimoniaux*, vol. VIII, 7.ª ed., Paris, Librairies Techniques, 1973, p. 83, A. Colomer, *ob. cit.*, pp. 111-113, e Rémy Cabrillac, *Droit Civil. Les régimes matrimoniaux*, 4.ª ed., Paris, Montchrestien, 2002, p. 57.

²⁴ M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, *cit.*, p. 316. Nas relações com o Banco, à luz do art. 1403.º, n.º 2, e, tratando-se de solidariedade, do art. 516.º, presume-se que os fundos pertencem a ambos os cônjuges em partes iguais. No âmbito do direito matrimonial haverá que atender às normas dos arts. 1725.º e 1736.º, n.º 2, que prevêm presunções de comunhão e compropriedade em relação a bens móveis, respectivamente nos regimes de comunhão e de separação de bens. Estas regras devem, como especiais, sobrepor-se às anteriores. Estas presunções podem ser ilididas mediante a prova de que os bens pertencem a um dos cônjuges. Portanto, por regra, presume-se que os valores depositados numa conta bancária são bens comuns ou bens em compropriedade consoante o regime de bens seja a comunhão ou a separação de bens. Em qualquer altura, qualquer um dos cônjuges pode tentar provar que os valores depositados lhe pertenciam em exclusivo (p. ex., para se opor ao pedido de compensação do outro cônjuge por levantamentos excessivos, ou para salvaguardar a sua parte no dinheiro depositado na conta da responsabilidade por dívidas contraídas pelo outro ou ainda, sendo o saldo da conta devedor, quando o Banco pretenda responsabilizar ambos os cônjuges, mesmo aquele que nunca efectuou qualquer movimento relativamente à conta). O mesmo refere A. Colomer, *ob. cit.*, p. 120, a propósito do art. 221.º do Cód. Civil francês. De facto, se o regime é de comunhão as somas depositadas presumem-se integrar a comunhão para efeitos de partilha; se o regime é de separação presume-se que pertencem aos cônjuges por metade (art. 1538.º do Cód. Civil francês), salvo se o cônjuge interessado provar que os valores lhe pertencem em exclusivo. M. Morelli, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Padova, Cedam, 1996, pp. 92 e 93, refere que integra a comunhão *de residuo* as somas relativas a depósitos bancários de um dos cônjuges (repare-se na presunção do art. 195.º do Cód. Civil italiano). Também F. Piccaluga, “Favor communionis ed acquisto di beni com denaro personale”, *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, ano XXXI, n.ºs 2-3, 2002, pp. 340 e 341 (em comentário à decisão da Corte di appello di Genova, de 22 de Abril de 2000). Mas isto não impede o Banco de entregar os valores depositados ao cônjuge titular da conta (A. Fusaro, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Padova, Cedam, 1990, p. 303). M.ª Pilar Alvarez Olalla, *ob. cit.*, p. 475, refere que a participação de cada cônjuge na conta colectiva dependerá do acordo fixado entre eles e, na falta do mesmo acordo, deverá atender-se à procedência dos fundos depositados. Não se determinando essa procedência, presume-se a participação por igual (arts. 1138.º e 393.º do Cód. Civil espanhol).

²⁵ Marie-Pierre Champenois-Marmier/Madeleine Faucheux, *Le mariage et l'argent*, Paris, PUF, 1982, p. 31.

²⁶ Sobre esta questão v., M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, *cit.*, pp. 308-312. Os valores depositados pelos cônjuges nas contas perdem a sua individualidade fundindo-se nos restantes valores que entram nas contas. Se os cônjuges estão casados em regime de separação, a conta conjunta implica a criação de um património comum; se são casados em comunhão podem passar bens próprios para a conta, aumentando a comunhão. Refere também a autora que na comunhão geral, os cônjuges deveriam estar proibidos de abrir uma conta solidária, dado que, se o fizerem, cada um deles passará a ter um direito independente sobre os bens depositados, o que contraria o regime do património colectivo. Pode qualquer um dos cônjuges, nas contas solidárias, realizar quaisquer movimentos a crédito ou a débito. Pode, assim, qualquer um dos cônjuges fazer ingressar no seu património, mediante levantamentos da conta, somas que pertenceriam ao património próprio do outro ou ao património comum. Podem também implicar doações entre cônjuges se, p. ex., um dos cônjuges transforma uma sua conta singular em conta solidária com o

administração dos bens do casal e à responsabilidade por dívidas e a inobservância das regras relativas à divisão dos bens no fim do regime.

Por outro lado, a existência de depósitos bancários, no nome de ambos os cônjuges, pode ligar-se à contracção de um dado empréstimo contraído por um dos cônjuges, e considerado dívida própria. O credor confia na existência de tais valores depositados para pagamento do seu crédito. A livre disposição do mesmo depósito por qualquer um dos cônjuges, pode implicar uma movimentação dos valores depositados pelo cônjuge não contraente do empréstimo, implicando uma dissipação de bens mas sem ser efectuada pelo cônjuge devedor (sem prejuízo de, sabemos bem, os credores, sobretudo se entidades bancárias, exigirem a vinculação de ambos os cônjuges na contracção da dívida de empréstimo)²⁷.

De referir ainda que as contas solidárias entre cônjuges também implicam um alargamento da responsabilidade perante o Banco. De facto, o Banco pode exigir a qualquer um dos cônjuges o pagamento da totalidade dos débitos da conta, mesmo que o cônjuge accionado nunca tenha efectuado qualquer movimento. Por isso, e no caso de empréstimos, as entidades bancárias frequentemente exigem que o mesmo se ligue a uma conta solidária (facilitando a cobrança do crédito)²⁸. Poderá haver, nas relações

seu cônjuge, ou se um cônjuge retirar da conta valores que excedem a sua parte ou ainda, no regime de separação, se os cônjuges são titulares de uma conta alimentada apenas pelo salário de um deles. Como escreve Michel Dupuis, *loc. cit.*, p. 46, a conta solidária, operando uma fusão dos bens depositados que dilui a especificidade do regime patrimonial dos cônjuges, é “fonte inesgotável de abusos”. Também Vasseur/Marin, *ob. cit.*, pp. 81-88, referem este risco de confusão dos patrimónios e a possibilidade de alteração do regime matrimonial em prejuízo de um dos cônjuges pela abertura e movimentação de contas bancárias.

²⁷ De facto, e seguindo M.^a Rita A. G. Lobo Xavier, “Acção cambiária. Proveito comum do casal. Ónus da prova. Conta bancária comum”, Separata da *RDES*, ano XXXVII, Janeiro-Setembro, n.^{os} 1-2-3, 1995, p. 238, nota 1, a abertura de contas bancárias pelos cônjuges pode implicar riscos para a entidade bancária, nomeadamente, porque terá de demonstrar que a dívida é comum se quiser responsabilizar ambos os cônjuges (o facto de o dinheiro emprestado pelo Banco ter sido depositado numa conta solidária de ambos os cônjuges não é suficiente para basear a conclusão acerca do preenchimento do conceito jurídico de proveito comum do casal, devendo tal decorrer do fim/intenção do empréstimo, normalmente declarado perante o Banco na contracção do mesmo). A existência de tais riscos implica especiais cautelas, como a exigência de especiais garantias ou a intervenção de ambos os cônjuges. O mesmo é referido por Sergio Alagna, “I cc.dd. effetti d’interesse bancario del nuovo regime patrimoniale della famiglia”, *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto*, 2.^a ed., Milano, Giuffrè Editore, 1983, p. 482, quanto às cautelas particulares a assumir pela banca no caso de clientes casados.

²⁸ Pierre Dauchy, “L’influence du droit civil sur le droit bancaire”, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, tomo XXXIX, 1986, p. 14.

J. M. Muñoz-Planas, *ob. cit.*, pp. 176-179, considera, porém, que se se tratar de uma dívida pessoal do titular que dá a ordem de pagamento ao Banco, provocando o descoberto da conta, só poderá o mesmo Banco exigir o pagamento ao titular em causa e não aos outros titulares. De facto, uma conta solidária permite a cada titular usar a conta mas não abusar da mesma em prejuízo dos outros titulares. Transpondo este entendimento para as contas entre cônjuges significa que se para pagamento de dívidas pessoais um cônjuge provocou o descoberto de uma conta bancária solidária, o outro cônjuge não seria chamado a responder pelo débito. Dúvidamos da solução. Na verdade, o cônjuge responderá solidariamente pelo débito bancário, sem prejuízo de eventual reembolso

internas, uma compensação ao património comum se este pagou uma dívida própria. Mas aí deverá provar-se a origem dos valores depositados e o direito à compensação²⁹.

Por outro lado, mesmo a existência de uma conta singular de um dos cônjuges pode alterar o regime da responsabilidade por dívidas. Pense-se o caso da contracção de um empréstimo por apenas um dos cônjuges, ligado a uma sua conta singular, para ocorrer aos encargos normais da vida familiar (uma operação urgente e de elevado valor, p. ex.), em proveito comum do casal (para suportar os custos de uma produção, p. ex.) ou no exercício do comércio (se os cônjuges estiverem casados em regime de comunhão). Em todos estes casos, o Banco responsabiliza directamente o titular da conta bancária ainda que a dívida seja comum. Mas, para provar a comunicabilidade da dívida, o Banco teria que intentar uma acção declarativa com esse fim, quando pode executar o titular da conta directamente, tendo o património deste como garantia, independentemente do estatuto de casado³⁰. Pode, assim, a entidade bancária reagir contra o cônjuge titular da conta, cabendo a este tentar evitar a sua única responsabilização (invertendo as regras da prova dos arts. 1691.º e segs.) ou tentar obter uma compensação no fim do regime de comunhão. É evidente que não pode executar bens comuns e, existindo a presunção do art. 1725.º e até do art. 1736.º, n.º 2 (para os bens em compropriedade no regime de separação), não poderia executar os valores depositados na conta (que são muitas vezes os salários do cônjuge titular, ou seja, bens comuns nos regimes de comunhão). Contudo, o que normalmente pode acontecer é o Banco reter esses valores para pagamento do seu crédito, cabendo ao cônjuge titular da conta ou ao seu cônjuge demonstrar que os valores não são próprios daquele (fazendo como que a presunção da comunicabilidade não existisse e invertendo o ónus da prova). Estes problemas são normalmente evitados, dado os Bancos exigirem a participação do outro cônjuge na contracção do empréstimo, co-responsabilizando-o.

A nossa lei apenas prevê o disposto no art. 1680.º, que não abrange, porém, as situações de contitularidade (e, por isso, não regula as contas colectivas). Tal norma conduz à irresponsabilidade do Banco em relação aos pagamentos feitos ao cônjuge

pelo cônjuge devedor. E repare-se que o cônjuge devedor pode usar valores comuns depositados na conta bancária. Também neste caso deverá uma compensação ao património comum.

²⁹ Prova que obviamente será difícil ao cônjuge do devedor, que terá de provar quais os valores depositados que lhe pertencem (dado tratar-se de bens fungíveis). Michel Dupuis, *loc. cit.*, p. 45, e M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, *cit.*, p. 324.

³⁰ A jurisprudência tem sido unânime quanto à natureza executiva dos documentos de abertura de conta quando se verifique uma situação de descoberto em conta. V., Timóteo Ramos Pereira, “Contrato de abertura de conta – constitui título executivo?”, in www.verbojuridico.com.

titular da conta e a depósitos feitos exclusivamente em seu nome. O que significa que se um dos cônjuges depositar bens comuns numa conta singular sua o outro cônjuge apenas poderá fazer valer os seus direitos por via judicial, dado que, face ao Banco, este último não tem legitimidade para actuar sobre os valores depositados. “Consagra-se assim a irrelevância do regime matrimonial nas relações com o Banco, quanto a depósitos bancários em que apenas um dos cônjuges é titular da respectiva conta”³¹.

Quer nas relações externas com o Banco, sujeitas a regime específico, quer nas relações internas entre os cônjuges, devem aplicar-se as regras do direito matrimonial aos fundos depositados em contas bancárias pertencentes aos cônjuges. Nas relações internas, a questão que poderá mais frequentemente colocar-se é a das compensações pela realização de levantamentos excessivos de dinheiro depositado na conta³². A

³¹ M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, cit., p. 333. Também Sergio Alagna, *Regime patrimoniale della famiglia e operazioni bancarie*, Padova, Cedam, 1988, pp. 23 e 24, considera que o cônjuge não titular da conta só poderá reagir face às relações entre o seu cônjuge e o Banco no momento da dissolução e nas relações internas entre os cônjuges, permanecendo o vínculo conjugal alheio à banca.

Problemático é o meio através do qual se consegue conjugar as regras do Direito patrimonial da Família com a disciplina do sigilo bancário. No caso de os Bancos alegarem o sigilo bancário, para não informarem das contas tituladas por um dos cônjuges para determinação dos bens comuns, resta a possibilidade do art. 1684.º, n.º 3, ou seja, suprimento judicial da recusa do consentimento do cônjuge que nega a revelação ao outro do valor dos bens comuns depositados em contas bancárias. V., o ac. do STJ, de 19.04.1995, citado por M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, cit., p. 333, nota 419. A propósito deste acórdão, Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 512, considerando forçada a utilização do art. 1684.º, n.º 3, por estar previsto para os casos em que o consentimento é legalmente exigido para a validade do acto e não para qualquer recusa do consentimento, afirma parecer “insólito que um cônjuge não tenha um meio legal expedito para obter as informações indispensáveis sobre depósitos bancários alimentados com fundos comuns (...)”. Também Sergio Alagna, *Regime patrimoniale...*, cit., pp. 48-51, aborda o problema do sigilo bancário no caso de contas bancárias de um dos cônjuges e a eventual autorização judicial. Defende de igual modo a existência de um instrumento informativo ao cônjuge não titular da conta quando estejam em causa valores necessários à satisfação das necessidades da vida familiar. Consideramos, de facto, fundamental um meio legal que permitisse directamente tal informação. Na sua falta, e ainda que forçado, será melhor o recurso ao art. 1684.º, n.º 3, do que a ausência total de qualquer outro meio legal. Para Jorge Duarte Pinheiro, *Direito da Família e das Sucessões*, vol. I, 2.ª ed., Lisboa, AAFDL, 2005, p. 237, o caminho mais convincente será o de considerar que o cônjuge do titular nominal da conta (cujos valores depositados se presumem comuns) é um “cliente” para efeitos de dispensa do sigilo bancário. Provando-se que é duvidosa a coincidência entre a titularidade nominal da conta e a titularidade efectiva do saldo, o Banco deve prestar informações ao cônjuge do titular nominal da conta singular. O cônjuge deve considerar-se cliente do Banco em sentido material e não terceiro, enquanto beneficiário da presunção de contitularidade dos valores depositados. No mesmo sentido, v., o ac. da RP, de 15.09.1992 (<http://www.dgsi.pt>).

³² Michel Dupuis, *loc. cit.*, p. 45, considera que se se comprovar que um dos cônjuges foi prejudicado pelo outro, as regras que regem as compensações e as dívidas entre cônjuges podem possibilitar a respectiva restituição. Também Niccolò Salanitro, “I diritto del coniuge superstite sui depositi pecuniari del defunto”, *Banca borsa e titoli di credito*, ano XLVI, 1983, p. 390, considera que se se provar que um dos cônjuges dispôs de bens comuns depositados mesmo numa conta singular para a realização de interesses meramente pessoais, deverá reembolsar a comunhão. Como defende Maria Rosaria Cipriano, “Il denaro depositato da un coniuge in comunione legale”, *Giur. It.*, ano 135.º, 1983, pp. 11 e 12, se um dos cônjuges utilizar bens comuns depositados numa sua conta pessoal, deverá haver a devida compensação ao património comum, nos termos do art. 192.º do Cód. Civil italiano. Chama, porém, a atenção De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale. Il regime patrimoniale della famiglia coniugale*, vol. II, Milano, Giuffrè Editore, 1995, pp. 417 e 418, que o contrato bancário celebrado por apenas um dos cônjuges permanece na esfera individual

compensação devida será calculada no pressuposto de que as quantias depositadas deveriam ser divididas por metade, pelo que a prova de uma diferente conformação das relações internas ficará a cargo do cônjuge que a invocar³³.

Deve, portanto, aplicar-se as normas do direito matrimonial no caso das contas bancárias entre cônjuges (razão pela qual nos abstermos de analisar em particular o regime das contas bancárias). As normas relativas à responsabilidade por dívidas, aos poderes de administração e disposição dos bens do casal, às presunções de comunhão e compropriedade dos valores depositados, devem poder invocar-se não só nas relações internas como nas relações com o Banco e com terceiros³⁴. Porém, e na falta de regulamentação especial reguladora desta matéria, o que normalmente acontece é a aplicação das regras do Direito Bancário, sem atender às particularidades do direito matrimonial, ou seja, nas relações externas os cônjuges são encarados como quaisquer outras pessoas que procedem à abertura de contas bancárias. E, na realidade, chocará que, p. ex., os cônjuges casados em regime de separação possam opor ao Banco a sua responsabilidade apenas conjunta ou até própria para não responderem solidariamente pela dívida resultante de débito bancário, o que, parece-nos, defraudaria o sistema bancário e a distinção das contas colectivas. Mas já nos parece possível essa invocação quando, em acção própria, se venha discutir, para efeitos também do débito bancário, a comunicabilidade ou não da dívida em causa (questão suscitada e alegada por parte do cônjuge interessado em demonstrar que não é responsável pelo débito da conta)³⁵. Ora,

desse cônjuge. Só no caso de ambos os cônjuges intervirem no contrato é que a relação contratual será referida à comunhão conjugal.

³³ Segundo a opinião maioritária, enquanto os cônjuges viverem em comunhão de vida as compensações são de excluir. Entende-se que durante a comunhão de vida existe uma relação de confiança entre os cônjuges e os levantamentos são normalmente para ocorrer aos encargos da vida familiar (v., decisão do BGH citada por M.^a Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, cit., p. 327, nota 404) ou funda-se a negação das compensações no decurso da comunhão de vida na regra da direcção conjunta da vida em comum. V., Beitzke/Lüderitz, *Familienrecht*, 26.^a ed., München, C. H. Beck, 1992, p. 117, e Lüderitz/Dethloff, *Familienrecht*, 28.^a ed., München, C. H. Beck, 2007, p. 140.

³⁴ M.^a Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, cit., p. 334.

³⁵ Apesar de não acharmos que as dificuldades decorrentes da dissolução do casamento são maiores no regime de separação de bens do que nos regimes de comunhão, concordamos, porém, com M.^a Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, cit., p. 336, quanto à inevitável interpenetração de patrimónios mesmo no regime de separação. Esta interpenetração é agravada pelas contas bancárias entre os cônjuges. De facto, um cônjuge pode vir a assumir responsabilidade por actos praticados pelo outro. As regras da administração e disposição dos bens, da repartição das dívidas e dos bens sobre os quais deve incidir essa responsabilidade podem ser afectadas pela fusão patrimonial da conta bancária. Não pomos em causa tal situação, mas não ocorre o mesmo entre duas pessoas estranhas que resolvem partilhar uma conta bancária solidária? Apesar da osmose patrimonial que a comunhão de vida entre os cônjuges provoca mesmo no regime de separação, parece-nos que é nos regimes de comunhão que a alteração das regras matrimoniais é mais afectada.

como normalmente tal não acontece no decurso do casamento³⁶, surgindo os principais problemas no fim do mesmo, é essencialmente no domínio das relações internas que importa acautelar o eventual enriquecimento de um dos cônjuges à custa do outro, nomeadamente, por levantamentos excessivos ou pelo pagamento de dívidas relativas a débitos bancários. Portanto, importa assegurar a existência de mecanismos restabelecedores do equilíbrio patrimonial entre os cônjuges, como as compensações que analisaremos.

Deixaremos também à margem deste trabalho todos os problemas causados pelo princípio da imutabilidade em matéria de contracção de dívidas (a alteração do regime de bens pode afectar direitos adquiridos de terceiros credores). De facto, visamos abordar o regime da responsabilidade por dívidas em si, não se revelando a análise de tais problemas indispensável para o referido regime. A análise do princípio da imutabilidade justificar-se-ia na medida em que alguns dos problemas postos pelo regime da responsabilidade por dívidas (p. ex., a responsabilidade comum pelas dívidas contraídas no exercício do comércio de um dos cônjuges que não existe se vigorar entre os cônjuges o regime de separação de bens), podiam ser evitados ou resolvidos se os cônjuges pudessem, depois da celebração do casamento, alterar o seu regime de bens. De facto, p. ex., os cônjuges teriam todo o interesse em alterar um regime de comunhão pelo regime de separação se, no decurso do casamento, um dos cônjuges decidir iniciar uma actividade comercial que implica elevados riscos financeiros³⁷. Desde que se acautelem os interesses dos terceiros credores já existentes, haveria todo o interesse em alterar o referido regime de bens. Contudo, deparámo-nos com o princípio da imutabilidade das convenções antenupciais, ainda vigente entre nós³⁸. Se verificarmos a

³⁶ E mesmo no fim do regime matrimonial. Dado que a maioria das pessoas está casada em regime de comunhão de adquiridos, procede-se normalmente à repartição dos saldos bancários por metade, já que a comunhão dos bens adquiridos “adapta-se bem à fusão patrimonial operada pelas contas bancárias colectivas” (M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, cit., p. 335). De acordo com M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, cit., p. 334, apesar de tudo, o funcionamento das contas conjugais tem sido pacífico. Pondo de parte a questão da divisão dos saldos, por ocasião do divórcio, não encontrou a autora decisões acerca de impugnações de movimentos abusivos, de tentativas de ilisão das presunções de compropriedade ou comunhão, ou de exigências de compensações por levantamentos excessivos. Tal facto não exclui a possibilidade de existirem tais levantamentos sem que o cônjuge exija uma compensação. Com efeito, a maioria das pessoas casadas ignora que pode invocar as regras do regime matrimonial, pelo menos nas relações internas, acreditando que todas as questões se regem pelas cláusulas do contrato bancário.

³⁷ No direito italiano há possibilidade de dissolver o regime de comunhão, nos termos do art. 191.º, 2.º, do Cód. Civil italiano, no caso de constituição de uma *azienda* depois do casamento e administrada por ambos os cônjuges (art. 177.º, al. d), do Cód. Civil italiano), com observação dos requisitos previstos no art. 162.º do mesmo código para as convenções matrimoniais.

³⁸ V., quanto ao fundamento do princípio da imutabilidade, Pires de Lima/Braga da Cruz, *Direitos de Família*, vol. II, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1953, pp. 79-81. V. também, Manuel de Andrade, “Sobre as disposições por morte a favor de terceiros,

tendência dos países modernos, e que já admitiram o princípio da imutabilidade, verifica-se que evoluíram no sentido da sua flexibilização ou mesmo abolição. Tal princípio não existe na Alemanha, na Espanha e na Itália e está atenuado em França³⁹.

A alteração do regime matrimonial não pode obviamente implicar um prejuízo ou uma fraude aos direitos de terceiros credores. É fundamentalmente isso que deve acautelar-se, não só no caso de alteração directa do regime de bens mas também no caso de transferências patrimoniais ocorridas por força da celebração de outros contratos entre os cônjuges. Por um lado, a aquisição de bens em compropriedade ou a abertura de contas bancárias solidárias por cônjuges casados em regime de separação de bens traduz a aproximação de tal regime a um regime de comunhão (o que, em princípio, pode favorecer os credores). Por outro lado, assiste-se cada vez mais a uma penetração das ideias separatistas nos regimes de comunhão, pela independência e autonomia dos

feitas por esposados na respectiva escritura antenupcial”, *RLJ*, ano 69.º, 1936/37, pp. 322 e 323 e pp. 337 e 338, Braga da Cruz, “Problemas relativos aos regimes de bens do casamento sobre que se julga necessário ouvir o parecer da comissão redactora do novo Código Civil”, *BMJ*, n.º 52.º, 1956, p. 343, e Pires de Lima/Antunes Varela, *ob. cit.*, p. 398. M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, *cit.*, p. 128, refere que “a inalterabilidade do estatuto estabelecido por via convencional justifica-se ainda agora em nome da realização da equidade entre os cônjuges, incompatível com a ocorrência de enriquecimentos injustificadamente obtidos por um deles à custa do outro”. Refere a autora que a imutabilidade constitui uma manifestação do princípio mais geral de evitar o enriquecimento de um cônjuge à custa do outro, tal como são também manifestações do mesmo princípio as normas relativas à sub-rogação real e às compensações patrimoniais, a imposição do regime de separação de bens e da nulidade das doações entre cônjuges em certas circunstâncias (arts. 1720.º, n.º 1, e 1762.º), as sanções patrimoniais previstas para o caso do divórcio (art. 1790.º) e da não observância do prazo internupcial (art. 1750.º). O princípio da imutabilidade actua preventivamente pela manutenção da existência ou da consistência dos patrimónios, tentando evitar modificações na composição das diferentes massas patrimoniais dos cônjuges (p. 133). Mas a “função genérica” de todos estes institutos é a mesma: evitar ou corrigir enriquecimentos patrimoniais de um cônjuge à custa do outro.

O mesmo chegou a ser defendido por Carmindo Ferreira, “A sub-rogação real e os regimes matrimoniais”, *Jornal do Fôro*, ano 9.º, 1945, p. 100. A ideia de que a imutabilidade se liga à manutenção dos equilíbrios patrimoniais ao longo do casamento é também referida por Pierre Julien, *Les contrats entre époux*, Paris, LGDJ, 1962, pp. 78 e 79. Por isso, todos os contratos que modifiquem esse equilíbrio afectam a imutabilidade.

Para Jorge Duarte Pinheiro, *ob. cit.*, p. 190, “a imutabilidade só pode radicar na ideia de que, após o casamento, se torna difícil um exercício autêntico da autonomia privada na relação entre os cônjuges”. Parece-nos, contudo, que é essa dificuldade que leva à possibilidade de existirem desequilíbrios patrimoniais que, por isso, importa acautelar e corrigir.

³⁹ V., Júlio Gomes, “Modificação do regime matrimonial: algumas observações de direito comparado”, *Revista do Notariado*, n.º 3 (Julho/Setembro), 1987, pp. 321-393, e n.º 4 (Outubro/Dezembro), 1987, pp. 475-555. Analisa o autor os sistemas jurídicos que abandonaram o princípio da imutabilidade e transitaram para um regime de mutabilidade que pode ou não ser sujeita a controlo judicial. Assim, em França e na Bélgica há controlo judicial (ainda que em França a mutabilidade esteja sujeita a prazo (para evitar alterações por mero capricho que provocariam a instabilidade), o que não acontece no ordenamento belga, onde os cônjuges podem alterar o regime de bens em qualquer altura), ao passo que na Espanha e em Itália não há. Manifesta-se o autor a favor da mutabilidade que permite uma maior flexibilização do estatuto patrimonial dos cônjuges (pp. 547, 550 e 551 e 554).

O princípio da imutabilidade mantém-se ainda, segundo os dados fornecidos em 1987 pelo autor citado, além do nosso ordenamento jurídico, nos países da América latina, como a Venezuela, o Uruguai, a Colômbia e Porto Rico (ainda que, e como dá nota Júlio Gomes, *loc. cit.*, p. 546, alguns desses países tenham já ensaiado a mutabilidade, como o México, em 1870, e a Guatemala, em 1877).

cônjuges e os seus poderes quanto aos bens⁴⁰. Podem assim os cônjuges celebrar contratos autonomamente entre si ou com terceiros, abrir e movimentar contas bancárias pessoais, etc.

Mas nem sempre os cônjuges pretendem alterar o seu regime matrimonial por razões fraudulentas (p. ex., se um dos cônjuges, assumindo riscos económicos na sua actividade, não quer responsabilizar o outro por tal). Além disso, a garantia dos interesses dos credores no caso de alteração directa do regime de bens pode ser assegurada por um sistema de publicidade e inoponibilidade. Podem, ainda, recorrer aos meios gerais, como o recurso à existência de fraude, o negócio indirecto⁴¹ ou a impugnação pauliana (arts. 610.º e segs.)⁴², além de deverem participar na partilha como

⁴⁰ Esta ideia era já em 1956 referida por Colette Saujot, *La pénétration des idées séparatistes dans les régimes communautaires*, Paris, LGDJ, 1956, p. 4.

⁴¹ Há fraude à lei quando as partes visam conseguir o mesmo resultado que a lei quis impedir através de meios diferentes daqueles que ela expressamente previu, frustrando-se a intenção do legislador ao proibir aqueles negócios (Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, 7.ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 1992, pp. 180 e 181, Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª ed., 8.ª reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 551, e Heinrich Ewald Hörster, *A parte geral do Código Civil português*, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2.ª ed., reimpressão, Almedina, Coimbra, 2002, p. 521).

Quanto ao negócio jurídico indirecto, v., Orlando de Carvalho, “Negócio jurídico indirecto (teoria geral)”, *Escritos. Páginas de Direito*, Coimbra, Almedina, 1998, pp. 31-164. Como escreve o autor (p. 37), o negócio jurídico indirecto assume-se como uma figura que aparenta um dado tipo legislativo, mas traz “no âmago a destinação a um fim incongruente com aquele aspecto negocial”. Não se trata de um problema de interpretação ou integração dos contratos, “porque a vontade dos contraentes manifestou-se de modo explícito pela escolha voluntária do negócio adoptado”. E é precisamente por as partes, na realidade, submeterem o fim económico pretendido a um dado negócio e a uma dada disciplina, que se questiona se essa vontade deve ser mantida, se o meio jurídico é compatível com o fim indirecto que determinou o contratar. Há aqui uma escolha livre e voluntária de um tipo negocial como o meio mais eficaz para a prossecução do intuito económico (não se tratando, por isso, de um negócio aparente, onde falta a vontade efectiva do acto na plenitude das suas consequências, nem, como é bom de ver, de um negócio simulado (pp. 129-135)). Conforme diz M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, cit., p. 135, nota 46, o que parece acontecer é os cônjuges concluírem “um negócio que “lhes possibilita de modo “perfeito” o fim económico pretendido”, afastando-se, de certo modo, da “função típica” de tal negócio (...). Ora, se, em regra, o emprego indirecto dos tipos legais será um “emprego legítimo” (...) também é certo que os negócios indirectos “estão sujeitos às normas proibitivas do sistema” (...) e, nessa medida, podem ser nulos se o respectivo resultado violar essas normas (...)”. Por isso, defende a autora que os cônjuges estão proibidos de alcançar por via indirecta o mesmo resultado a que conduziria a modificação pós-nupcial da convenção (p. 136). Mesmo que assim se entenda não por violação do princípio da imutabilidade mas por aplicação das regras do negócio indirecto ou do negócio em fraude à lei (p. 136, nota 48), podendo também o negócio jurídico indirecto implicar uma fraude à lei (Orlando de Carvalho, *ob. cit.*, p. 159). É também recorrendo à figura do negócio indirecto que a mesma autora (“Qualificação de um bem adquirido a título gratuito por cônjuge casado no regime da comunhão de adquiridos – anotação ao ac. do TRC, de 21.01.2003”, *Cadernos de Direito Privado*, n.º 5 (Janeiro/Março), 2004, p. 33) considera que integra os bens próprios de um dos cônjuges a aquisição de uma fracção autónoma no decurso do casamento, quando o negócio de compra e venda oculta uma liberalidade realizada por terceiros a um dos cônjuges. Ocorreu, por isso, uma doação indirecta, ou seja, “o contrato de compra e venda funcionou como “negócio meio” – como negócio apto a transmitir o direito de propriedade sobre a fracção autónoma (...)”.

⁴² Henri Fenaux, “Le changement de régime matrimonial et les droits des tiers”, *RTDC*, ano 65.º, 1967, pp. 572 e 573, p. 574.

A acção revogatória (rescisória ou pauliana) pode definir-se como o poder, concedido pela lei aos credores, de rescindirem judicialmente os actos e contratos verdadeiros (e não simulados) celebrados pelos devedores em seu prejuízo (arts. 610.º e segs.). Para tal será necessário o preenchimento de certos requisitos: a anterioridade da dívida, a insolvência do devedor e a má fé do

credores. O que se prevê nos arts. 1327.º, n.º 3, e 1341.º, n.º 1, do nosso Cód. de Processo Civil. Destinando-se o inventário à partilha do património comum (arts. 1404.º e 1326.º, n.º 3, do Cód. de Processo Civil), os credores da comunhão são admitidos a intervir nas questões relativas à verificação e satisfação dos seus direitos, podendo promover o andamento do inventário, fiscalizar as dívidas relacionadas e reclamar quanto à escolha dos bens que formam a meação do cônjuge do executado (art. 1406.º, n.º 1, als. a), b) e c), do Cód. de Processo Civil). Apesar disso, os cônjuges podem simular a composição da meação de cada um, de forma a que, convenientemente, caiba ao executado os bens de menor valor (ainda que inflacionado para efeitos de inventário) ou as tornas em dinheiro (de valor baixo se aos bens atribuídos ao outro cônjuge for atribuído um montante meramente simbólico). Mas, sem prejuízo da reclamação fundamentada dos credores contra a composição das meações dos cônjuges⁴³. É também para acautelar a posição do credor na partilha, que o art. 825.º, n.º 7, do Cód. de Processo Civil, mantém a apreensão dos bens penhorados até nova penhora. Se não aparecerem novos bens do executado suficientes para o pagamento da dívida, a anterior penhora mantém-se sobre os bens comuns.

Todavia, o recurso aos meios gerais deve ser subsidiário, ou seja, tal como ocorre com o art. 1317.º do Cód. Civil espanhol, será importante fixar meios especiais de protecção dos credores que estes possam invocar directamente sem necessidade de recurso aos meios gerais e preenchimento dos respectivos pressupostos (como a existência de fraude). Deve fixar-se a inoponibilidade das alterações face a terceiros credores que tenham direitos adquiridos antes da referida modificação. Subsidiariamente poderão invocar os restantes meios previstos para protecção de terceiros de boa fé.

Com a autonomia e independência recíprocas dos cônjuges e com um sistema de publicidade que acautele interesses de terceiros a imutabilidade não parece ter razão de

alienante e do adquirente. V., Pires de Lima/Antunes Varela, *Noções fundamentais de Direito Civil*, vol. I, 6.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1973, pp. 359-365.

Repare-se ainda que a dissipação de bens, com fraude aos credores, tem também tutela penal (v., art. 227.º do Cód. Penal, que pune a insolvência dolosa). É a esta tutela penal no direito espanhol que se refere F. García Vicente, "Modificación del régimen económico del matrimonio: delito de alzamiento de bienes", in AAVV, *Regimen económico matrimonial y la protección de acreedores*, sob a direcção de J. R. San Román Moreno, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995, pp. 395 e segs.

⁴³ A este propósito, decidiu o ac. da RC, de 16.11.1993 (*Col. Jurisp.*, tomo V, 1993, p. 32), que o direito de escolha conferido pelo art. 1406.º, n.º 1, al. c), do Cód. de Processo Civil, ao cônjuge do executado, não pode, na sua concretização, conduzir a que àquele fiquem a pertencer todos os bens relacionados, ficando o executado apenas com as respectivas tornas, uma vez que tal solução poria em causa os direitos do exequente.

ser⁴⁴. Por outro lado, mesmo que exista, os cônjuges conseguirão sempre indirectamente efectuar transferências entre os diferentes patrimónios, gerando desequilíbrios patrimoniais que a imutabilidade visa prevenir (como acontece com os contratos de sociedade e as contas bancárias entre cônjuges, não proibidas mesmo na interpretação ampla do princípio da imutabilidade). Ora, se o objectivo é evitar desequilíbrios patrimoniais parece que outros mecanismos o conseguem prevenir (sub-rogação)⁴⁵ e corrigir (compensações).

⁴⁴ Como defende Pamplona Corte-Real, *ob. cit.*, p. 87, nota 130, e p. 114, nota 225, a regra da imutabilidade é obsoleta face à afirmação da individualidade e paridade na relação conjugal. M.^a Leonor Beleza, “Os efeitos do casamento”, in AAVV, *Reforma do Código Civil*, Ordem dos Advogados, Lisboa, Livraria Petrony, 1981, p. 120, fala da “regra caduca da imutabilidade dos regimes de bens”. Também Leite de Campos, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, 1997, pp. 379, 380 e 385, defende que as relações patrimoniais entre os cônjuges devem estabelecer-se como entre duas pessoas estranhas. Propõe, assim, a opção por uma separação patrimonial e por uma “imutabilidade flexível e controlada”. Já Braga da Cruz, “Problemas relativos aos regimes de bens do casamento sobre que se julga necessário ouvir o parecer da comissão redactora do novo Código civil”, *BMJ*, n.º 52.º, 1956, pp. 342 e 343, entendia que a imutabilidade, como uma violência contra a liberdade dos contraentes, só se justificava se houvesse interesses morais e sociais para tal. Por isso, e conforme afirma Esperança Pereira Mealha, *Acordos conjugais para partilha dos bens comuns*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 36, quando cessarem tais interesses deve igualmente cessar a limitação à liberdade contratual. No mesmo sentido, Colomer, *L’instabilité monétaire et les régimes matrimoniaux, le mal et ses remèdes*, Paris, Rousseau & C.^a, 1954, p. 281, nota 7.

Repare-se que as excepções à imutabilidade previstas no art. 1715.º, não constituem verdadeiras excepções – v., Leite de Campos, *ob. cit.*, p. 384, Antunes Varela, *ob. cit.*, p. 443, e Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 532, nota 228, para quem apenas a revogação dos pactos sucessórios importa alteração directa à convenção antenupcial. Os “demais casos” previstos na lei (art. 1715.º, al. d)), é fundamentalmente o previsto no art. 825.º do Cód. de Processo Civil, onde se estipula a possibilidade de se requerer a separação de bens. Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 533, em nota, incluem também o caso da ausência e da morte presumida e da insolvência (art. 141.º, n.º 1, al. b), do CIRE). Com efeito, o art. 108.º confere ao cônjuge do ausente o direito de requerer inventário e partilha e o art. 115.º declara que a morte presumida, ainda que não dissolva o casamento, produz os mesmos efeitos que a morte, ou seja, a partilha dos bens comuns. No mesmo sentido, Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil...*, *cit.*, p. 404, e Antunes Varela, *ob. cit.*, p. 444. Quanto ao art. 825.º do Cód. de Processo Civil, Adriano Paiva, “Regimes de bens”, in AAVV, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil...*, *cit.*, p. 383, nota que os cônjuges não podem alterar o seu regime de bens, mas um terceiro, por força do regime da responsabilidade por dívidas, pode “obrigar” o cônjuge não devedor a requerer a separação de bens. Repare-se, porém, que, em todo o caso, o cônjuge não está obrigado a tal e se a intenção da manutenção da imutabilidade é a protecção de terceiros, não se justifica neste caso. Por isso, o art. 1715.º abre aqui uma excepção. Nota também Francisco Barona, “O contrato-promessa de partilha dos bens comuns do casal”, in AAVV, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil...*, *cit.*, p. 406, nota 12, que as excepções previstas no art. 1715.º denotam uma tendência da lei para admitir a passagem de um regime de comunhão para um de separação. Mas o contrário já não se verifica, dado que a passagem de um regime de separação para um de comunhão implicaria um maior risco de um dos cônjuges se enriquecer à custa do outro.

⁴⁵ A propósito da sub-rogação, A. Galasso, *Regime patrimoniale della famiglia. Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, sob a direcção de Francesco Galgano, tomo I, Bologna, Zanichelli Editore, 2003, pp. 295-300, admite que um cônjuge possa, fora dos casos previstos no art. 179.º do Cód. Civil italiano, declarar que o bem é próprio do seu cônjuge, alterando o estatuto de um bem (que, pelas regras do regime matrimonial, seria comum). Mas a questão é discutida na doutrina e jurisprudência italianas – v., M. C. Lupetti, “Rifiuto del coacquistato: è il tramonto di un’epoca?”, *Rivista del Notariato*, vol. LVII, n.º 2, 2003, pp. 420-423. Admitindo a lei espanhola a atribuição voluntária da qualidade de comum de um bem (art. 1355.º do Cód. Civil espanhol) e a livre contratação entre os cônjuges (art. 1323.º do Cód. Civil espanhol), a alteração do estatuto de um bem (de próprio a comum) é admitida e não carece de obedecer às regras da alteração das convenções matrimoniais (Lledó Yagüe, *et alii*, *ob. cit.*, p. 222), podendo os credores afectados socorrer-se dos meios gerais em caso de fraude (C. Vásquez Iruzubieta, *Administración y liquidación...*, *cit.*, p. 126). O mesmo já não pode defender-se, pelo menos para alguma doutrina espanhola, no caso de passagem de

O principal problema reside na protecção de terceiros, acautelada, por um lado, pelo sistema de publicidade e pela eficácia não retroactiva da alteração da convenção e, por outro lado, pela possibilidade de recurso aos meios gerais de Direito, como a alegação de fraude, negócio indirecto ou impugnação pauliana. É fundamentalmente quando os cônjuges modificam, sobretudo em situações de crise económica, um regime de comunhão em que estavam casados pelo regime de separação, atribuindo os bens comuns, na liquidação da comunhão, ao cônjuge não devedor, fugindo ao cumprimento das dívidas contraídas pelo outro cônjuge antes da modificação da convenção matrimonial (e pelas quais respondiam anteriormente os referidos bens, então comuns), que a protecção dos terceiros credores mais se justifica⁴⁶. Daí a importância do princípio da irretroactividade das convenções de modificação, bastando aos credores demonstrar, p. ex., que a dívida contraída antes da modificação era comum (quando, obviamente, essa modificação os prejudica). Assim, e se a dívida era comum, o património que era comum continua a responder pela dívida, mesmo que, entretanto, tenha sido adjudicado a um ou a ambos os cônjuges. A isto acresce ainda, como referimos, a importância da participação dos terceiros credores na partilha do património comum.

Portanto, defendemos um alargamento da autonomia e independência dos cônjuges no sentido de, por contratos de direitos comum, auto-regulamentarem as suas relações jurídicas. Os sistemas jurídicos em geral encaminham-se para o alargamento da liberdade de contratação entre os cônjuges⁴⁷. Contudo, não podemos esquecer que

um bem comum a próprio de um dos cônjuges (v., Lledó Yagüe, *et alii*, *Compendio de Derecho Civil. Familia*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 223-225, com as duas posições perante o problema).

Também Dölle, *Familienrecht*, vol. I, s.l., C. F. Müller, 1964, p. 769, a propósito do § 1370.º do BGB, considera que importa distinguir se o afastamento da regra da sub-rogação prevista na referida norma por acordo dos cônjuges implica ou não uma alteração definitiva e directa do regime de bens. Ou seja, se os cônjuges acordarem o afastamento total do § 1370.º do BGB, tal acordo deverá estar sujeito às regras das convenções matrimoniais, por implicar uma alteração do regime de bens; se, pelo contrário, acordarem apenas na determinação do estatuto concreto de um dado bem diferente do previsto no § 1370.º do BGB, então tal acordo não necessita de observar as regras das convenções matrimoniais, dado não ser uma alteração do regime de bens, mas uma mera modificação de uma consequência legal para uma concreta aquisição.

⁴⁶ Como afirma Fátima Yáñez Vivero, *Las capitulaciones matrimoniales en perjuicio de acreedores y la anotación de embargo sobre bienes ex-gananciales*, Madrid, Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2003, pp. 23 e 24, é na fase de liquidação da comunhão que se podem cometer irregularidades, como omitir-se a inclusão da dívida comum em causa do passivo no inventário, proceder-se à infravalorização dos bens mais valiosos que se adjudicarão ao cônjuge não devedor e à sobrevalorização dos de escasso valor que ficarão para o cônjuge devedor, realizar-se uma partilha dos bens aparentando uma divisão equitativa e procedendo-se ao respectivo registo dos bens comuns adjudicados a cada cônjuge. Aliás, a alteração do regime de bens pode mesmo implicar uma fraude aos direitos de terceiros, como refere Bello Janeiro, “Los acreedores y la modificación del régimen económico matrimonial”, *Revista Jurídica del Notariado*, Julho-Setembro, 1993, n.º 34.

⁴⁷ Guilherme de Oliveira, “A reforma do direito da família de Macau”, *RLJ*, ano 132.º, 1999, p. 105, e *Temas de Direito da Família*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 308. Refere o mesmo autor (“Um direito da família europeu? (Play it again,

certos contratos afectam não apenas as suas relações recíprocas, mas também interesses de terceiros. São estes que importa acautelar na celebração de cada contrato. Admitindo a mutabilidade, com acto notarial e um sistema de publicidade adequado e fixando a não retroactividade das alterações introduzidas na convenção matrimonial (não permitindo que as alterações possam ser opostas a terceiros que tenham adquiridos os seus direitos anteriormente à alteração), acautela-se essa protecção relativamente à alteração directa do regime patrimonial. Além disso, importa fixar meios de protecção, mesmo existindo a imutabilidade, para os terceiros (essencialmente, credores), no caso de transferências patrimoniais indirectas e encobertas que visam o mesmo resultado que a alteração do regime de bens. Os interesses de terceiros podem ser preventivamente acautelados pela estipulação de restrições à celebração de certos contratos entre cônjuges que possam afectar terceiros credores que tenham adquirido direitos antes da celebração dos referidos contratos (tal como se prevê a respectiva protecção no caso da modificação do regime de bens). Admitindo a mutabilidade do regime de bens, e também para salvaguarda dos terceiros credores, os contratos celebrados entre cônjuges que impliquem uma alteração indirecta do regime de bens deverão estar sujeitos às regras de forma e publicidade exigidas para a alteração das convenções matrimoniais⁴⁸. Defende

and again... Europe!)”, *RLJ*, ano 133.º, 2000, p. 109, e *Temas...*, *cit.*, p. 326) que, no que diz respeito aos negócios entre cônjuges, o direito português está “envelhecido”.

De referir ainda que o afastamento da possibilidade de contratos entre cônjuges justificava-se à luz do direito anterior em que a mulher ficava subordinada ao marido com o casamento. De facto, assumindo que pelo casamento os cônjuges passariam a ser “dois numa só carne” não poderiam celebrar contratos entre si por poderem configurar negócios consigo mesmo (Eduardo da Silva Carvalho, *As formas do regimen matrimonial. Comunhão geral de bens*, vol. I, V.N. Famalicão, Typographia Minerva, 1893, p. 40, Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 152, e Cornu, “Le contrat entre époux. Recherche d’un critère général de validité”, *RTDC*, ano 51.º, 1953, p. 463). Além disso, a mulher casada “adquiria” uma incapacidade de celebrar negócios jurídicos, não podendo, assim, celebrar quaisquer contratos (incluindo com o marido).

⁴⁸ O art. 1317.º do Cód. Civil espanhol abrange, para alguns autores espanhóis, não só a protecção do terceiro no caso de alteração do regime de bens mas também em todas as hipóteses de alteração da convenção matrimonial, nomeadamente, pela celebração de certos contratos (v., F. Blasco Gascó, “Modificación del Régimen Económico Matrimonial y perjuicio de terceros: la norma del artículo 1.317 CC.”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLVI, n.º 2, 1993, p. 603, e Lucía Costas Rodal, “Comentario a los arts. 1315 a 1324”, in AAVV, *Comentarios al Código Civil*, sob a direcção de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Navarra, Aranzadi, 2001, p. 1550). Parece-nos viável *de jure condendo* uma protecção semelhante no nosso ordenamento jurídico.

J. E. Mora Mateo, “Publicidad de las capitulaciones de cambio del régimen económico matrimonial”, in AAVV, *Regimen económico matrimonial y la protección de acreedores...*, *cit.*, p. 219, considera também que alguns contratos entre os cônjuges, como o mandato ou a sociedade, que impliquem alterações das regras do regime matrimonial, ainda que não alterem propriamente este, devem também estar sujeitos a registo, nos termos do art. 1333.º do Cód. Civil espanhol.

Alguns autores alemães defendem, quanto aos contratos (nomeadamente, de sociedade) celebrados entre cônjuges que modifiquem a disciplina do direito matrimonial, que devem estar sujeitos às regras da alteração da convenção matrimonial (V., M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, *cit.*, p.152, nota 75, *in fine*). Ou seja, o contrato deve obedecer à forma da convenção matrimonial. Se a não observar o contrato será nulo por falta de forma - Christian Rothemund, *Erklärungstatbestand und eherechtliche Schranken bei der Begründung einer Ehegatten-Innengesellschaft*, München, VVF, 1987, pp. 102-105. Estão nessa

M.^a Rita Lobo Xavier haver certos contratos entre cônjuges cuja celebração deverá ser proibida pelas consequências intoleráveis que a especificidade da relação matrimonial e a precariedade do contrato introduz no regime do Direito comum (será o caso do contrato de compra e venda); outros em que, estando em causa bens imóveis, bastará a obrigação de mencionar e registar a precariedade do contrato resultante de os contraentes serem cônjuges; outros ainda implicam regras específicas quando celebrados entre os cônjuges (como acontece nos contratos de sociedade)⁴⁹. A

situação as determinações do contrato de sociedade que abrangem a totalidade do património dos cônjuges com desrespeito pela forma necessária para a convenção matrimonial, e as que sejam dirigidas contra a essência do regime que vigora entre eles, mesmo que com observância da forma da convenção matrimonial (mesmo autor e obra, p. 106).

⁴⁹ M.^a Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, cit., pp. 599 e 600.

A realização de um contrato de sociedade permite que os cônjuges modifiquem a repartição dos seus bens, dos seus poderes e do respectivo passivo. Com a constituição de uma sociedade entre cônjuges podem ocorrer transferências de bens, sendo de destacar a ultrapassagem do regime da responsabilidade por dívidas. Como referia Alberto Pimenta, *Sociedades entre cônjuges*, Coimbra, Coimbra Editora, 1953, pp. 11-13, as sociedades constituídas por cônjuges visam, além de fortalecer o crédito e obter vantagens concedidas por lei às sociedades, limitar os riscos do comércio e alterar, em benefício de um dos cônjuges, os poderes legais de administração dos bens do casal ou a comparticipação nos bens trazidos para o casal.

Imagine-se o caso de um cônjuge, sócio de uma sociedade comercial ou mesmo sócio único de uma sociedade unipessoal, realizar com um terceiro um determinado contrato, no exercício da actividade comercial. A dívida daí decorrente apenas onera o património societário independentemente de, pela verificação do regime do art. 1691.º, a dívida poder ser considerada comum. Por interposição de uma nova pessoa jurídica o cônjuge pode afastar a aplicação do regime da responsabilidade por dívidas do casal [sobretudo se o património societário for constituído por bens comuns - pela constituição de uma sociedade de responsabilidade limitada os cônjuges criam um património separado do próprio património comum, excluindo os bens comuns da responsabilidade pelas dívidas comuns e onerando-os com dívidas societárias (que, por aplicação das regras da responsabilidade por dívidas dos cônjuges, podem ser comuns ou próprias)]. Os cônjuges podem utilizar o contrato de sociedade para afastar a comunicabilidade das dívidas provenientes do exercício do comércio por algum deles ou com o objectivo de limitar a carga fiscal a recair sobre os rendimentos do casal. Atendendo a isso, a nossa lei limita a constituição de sociedades entre cônjuges, ou seja, não admite que os cônjuges possam constituir entre si ou com terceiros sociedades pelas quais possam assumir responsabilidade ilimitada pelas dívidas sociais.

De referir que o Cód. Civil de 1867 não proibia expressamente a participação dos cônjuges em sociedades, fosse a participação dos cônjuges com outros numa sociedade, fosse a constituição de sociedades apenas entre os cônjuges. Mas nem por isso a doutrina da altura deixou de se pronunciar sobre a questão, atenta a consagração do princípio da imutabilidade. Assim, alguma doutrina via na participação dos cônjuges na mesma sociedade um modo de violar o poder marital e a imutabilidade (v., p. ex., Pinto de Mesquita, “Sociedades de cônjuges”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 3.º, 1943, pp. 217-221, e Pires de Lima, *apud* Alberto Pimenta, *ob. cit.*, pp. 21-23, decorrendo a nulidade das sociedades entre os cônjuges como consequência da proibição da venda entre os mesmos). Outros, porém, admitiam, como regra, a validade das sociedades entre cônjuges (v., p. ex., José Tavares, *Sociedades e Empresas Comerciais*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1924, p. 77, Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, vol. VII, Coimbra, Coimbra Editora, 1933, pp. 212 e 213, Alberto Pimenta, *ob. cit.*, pp. 27-52 e pp. 75-111, e Pereira Coelho, *Curso de Direito da Família*, vol. I, Coimbra, Atlântida Editora, 1965, pp. 348 e 349, nota 1), entendendo que não podia afirmar-se, em termos absolutos, que a constituição de sociedades entre cônjuges ofendesse o poder marital ou o princípio da imutabilidade. Por isso, só seriam nulas, por fraude à lei, nos casos em que se verificasse ofensa de regras imperativas, designadamente, quando o contrato de sociedade restringisse ou suprimisse os poderes legais de administração do marido ou quando alterasse o regime matrimonial de bens (António Caeiro, “Sobre a participação dos cônjuges em sociedades por quotas”, *Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Estudos em homenagem ao Professor Doutor António de Arruda Ferrer Correia*, Coimbra, 1986, pp. 8 e 9). Portanto, ainda que os contratos de sociedade celebrados entre cônjuges não fossem negócios contra a lei, podiam, em certos casos, ser negócios em fraude à lei. Seriam em fraude à lei, p. ex., os

necessidade de acomodação do Direito comum quando aplicado aos contratos concluídos entre cônjuges não resulta apenas da situação especial das partes, mas é muitas vezes imposta pela protecção de interesses de terceiros⁵⁰. Ora, não nos repugna admitir, como no ordenamento jurídico alemão, o princípio da livre contratação entre cônjuges, sem qualquer proibição legal (mesmo em relação ao contrato de compra e venda estando em causa bens próprios)⁵¹. A única restrição, para salvaguarda da

negócios que pretendessem contornar as regras da administração dos bens dos cônjuges, o princípio da imutabilidade, o princípio da livre revogabilidade das doações entre casados, etc. (Pereira Coelho, *Curso...*, cit., 1965, pp. 348 e 349, nota 1). Sobre a evolução do regime das sociedades entre cônjuges, v., João Espírito Santo, “Sociedades e Cônjuges”, in AAVV, *Estudos em memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Lisboa, Lex, 1995, pp. 378-393. A mesma discussão decorria em França onde também não existia uma norma proibitiva das sociedades entre cônjuges (v., A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., pp. 175 e 176).

Sobre as sociedades entre cônjuges, v., J. G. Sá Carneiro, “Sociedades de cônjuges. Subsídios para a interpretação do art. 1714.º do Código Civil”, *Revista dos Tribunais*, ano 86.º, 1968, p. 305, M.ª Ângela Coelho, “A limitação da responsabilidade do comerciante em nome individual”, *Revista de Direito e Economia*, anos VI/VII, 1980/1981, pp. 32 e 33, V. G. Lobo Xavier/M.ª Ângela Coelho, “Ónus da impugnação especificada; sociedade de dois cônjuges e validade das transmissões de partes sociais a ela conducentes”, *Revista de Direito e Economia*, anos X/XI, 1984/85, pp. 322 e 323, António Caeiro, *ob. e loc. cit.*, p. 27, Pinto Furtado, *Curso de Direito das Sociedades*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 1986, p. 113, Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil...*, cit., pp. 401 e 402, e M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, “Sociedades entre cônjuges. Sociedades de capitais. Responsabilidade por dívidas sociais. Código das Sociedades Comerciais. Lei interpretativa.”, *Separata da RDES*, ano XXXV, n.ºs 1-2-3-4 (Janeiro-Dezembro), 1993, pp. 258-261.

⁵⁰ A necessidade de acomodação dos regimes dos contratos de Direito comum quando celebrados entre cônjuges é também referida pela doutrina francesa (Cornu, “Le contrat entre époux”, *loc. cit.*, pp. 469 e 491 e 492, Pierre Julien, *ob. cit.*, p. 152, e A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., p. 8) e pela doutrina alemã (que, além de desenvolver a figura dos “contratos de cooperação” (*Kooperationverträge*), para designar os negócios jurídicos familiares cujo regime é influenciado pela situação conjugal, entende que mesmo quando os cônjuges celebram entre si contratos de Direito comum, a aplicação do regime correspondente a tais contratos deverá sofrer a influência do direito matrimonial. V., Gernhuber/Coester-Waltjen, *Familienrecht*, 5.ª ed., München, C. H. Beck, 2006, § 19, II, 19-23, pp. 154 e 155, e § 20, III, 29-34, pp. 185-187). A especialidade dos contratos entre cônjuges face aos celebrados entre estranhos é também referida por Luis Martinez Calcerrada, *El nuevo derecho de familia (Filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio)*, tomo I, 3.ª ed., Madrid, 1981, pp. 209 e 210. Esta adaptação das regras do Direito comum está presente na regulação da *impresa familiare* do direito italiano (art. 230.º-bis do Cód. Civil italiano), destinada sobretudo a assegurar uma justa e proporcional remuneração do trabalho prestado na família ou numa pequena empresa familiar (e podendo funcionar independentemente do regime de bens vigente entre os cônjuges). Repare-se, em todo o caso, o carácter residual deste instituto, ou seja, vigorará se não existir, p. ex., uma sociedade, uma associação em participação ou uma relação laboral (entre outros, v., G. Oppo, “Responsabilità patrimoniale e nuovo diritto di famiglia”, *Rivista di Diritto Civile*, ano XXII, I, 1976, p. 128, e “Dell’impresa familiare”, in AAVV, *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, sob a direcção de Carraro/Oppo/Trabucchi, vol. I, tomo I, Padova, Cedam, 1977, p. 521, F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, vol. IV, 3.ª ed., Padova, Cedam, 1999, p. 126, e E. Mariani, “L’impresa familiare”, in AAVV, *Manuale del nuovo Diritto di Famiglia*, sob a direcção de G. Cassano, 2.ª ed., Piacenza, Casa Editrice La Tribuna, 2003, pp. 774 e 775, e nota 6).

⁵¹ É evidente que os cônjuges não podem, no decurso do casamento, dispor dos bens comuns entre si, atendendo à natureza jurídica do património comum. Mas parece constituir uma obstrução exagerada à liberdade dos cônjuges impedi-los de dispor entre si, com certas cautelas, de bens próprios. Pense-se, p. ex., o caso de os cônjuges, casados no regime supletivo legal, ponderando um pedido de divórcio, mas não querendo continuar a pagar como até aí a casa que adquiriram em compropriedade antes do casamento por empréstimo bancário, pretendem atribuir a um deles a mesma casa. Ora, não sendo permitida a compra e venda entre cônjuges terão de esperar pelo divórcio, ficando presos até lá a uma situação que não querem (e forçando o pedido de divórcio) ou simular uma venda a um terceiro que depois alienará ao cônjuge que pretende adquirir sozinho a casa. Podem também pedir a divisão de coisa comum (art. 1412.º e arts. 1052.º e segs. do Cód. de Processo Civil), mas também esta exige um processo judicial com todos os encargos e custos inerentes (e entre este e o divórcio provavelmente pedirão o divórcio). Repare-se que é lícita a divisão de coisa

eventual posição influenciável de um cônjuge e protecção de terceiros (credores), será a sujeição dos referidos contratos à forma legal das convenções matrimoniais quando impliquem alteração das regras reguladoras das relações patrimoniais entre os cônjuges e terceiros e a determinação da não retroactividade dos efeitos dos mesmos contratos a terceiros que contrataram com os cônjuges (evitando, p. ex., a transmissão de bens do património de um dos cônjuges para o outro com vista a esvaziar o património do devedor)⁵². A acrescentar ainda que os terceiros têm sempre os meios gerais de defesa (nomeadamente, a impugnação pauliana), além de se poderem prevenir, como acontece na maioria dos negócios celebrados entre uma pessoa casada e um terceiro que impliquem a contracção de dívidas, exigindo que o outro cônjuge também se obrigue.

Como pode comprovar-se, estas questões, relevantes no domínio das relações patrimoniais entre os cônjuges e com terceiros, abrem um universo de estudo autónomo que, ainda que com interferências porque podem afectar o regime da responsabilidade por dívidas, não são imprescindíveis para o estudo deste regime. Além disso, a sua importância e complexidade exigiria uma reflexão independente e específica face ao nosso objecto de trabalho.

Não podemos ainda deixar de sublinhar, e, por isso, nos parece relevante o nosso estudo, que o regime da responsabilidade por dívidas carece de uma análise legal mais aprofundada que permita suprir algumas lacunas e interpretar algumas incorrecções que conduzem a incompatibilidades com outros regimes legais e, muitas vezes, até alterar algumas disposições que nos dias de hoje podem já não justificar-se (pensa-se, p. ex., na al. d) do n.º 1 do art. 1691.º). Aliás, o preâmbulo do Dec.-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, que instituiu a Reforma de 1977, expressamente dizia que “não houve a possibilidade de estudar a fundo a necessária revisão do regime de dívidas do casal”. Passados trinta anos parece-nos justificado tal estudo e a referida revisão do regime das dívidas do casal.

comum sem que seja afectada pelo princípio da imutabilidade. Na divisão, os cônjuges limitam-se a transformar cada quota numa parte especificada da coisa comum (v., o ac. do STJ, de 09.11.2000 (*Col. Jurisp.*, tomo III, 2000, p. 113)).

Aliás, e como refere M.ª Pilar Alvarez Olalla, *ob. cit.*, pp. 321 e 322, os próprios credores podem sair mais prejudicados se se proíbe a contratação entre os cônjuges. De facto, admitindo-se que possam contratar entre si, os cônjuges utilizarão os meios legais gerais de transmissão patrimonial, de acesso aos credores (compra e venda, doação, etc.) que, no caso de os mesmos contratos defraudarem os seus direitos e os prejudicarem, podem recorrer às normas de protecção gerais (como a acção de simulação ou a impugnação pauliana). Ora, proibindo-se os mesmos contratos os cônjuges tentam alcançar os mesmos objectivos por via encoberta e simulada, dificultando a defesa dos direitos dos credores.

⁵² Já em 1938, Jean Hémar, “Les contrats a titre onéreux entre époux”, *RTDC*, ano 37.º, 1938, p. 733, defendia a livre contratação entre os cônjuges. Só seria de proibir os contratos que, em concreto, afectassem as relações entre os cônjuges no decurso do casamento.

II. Do regime da responsabilidade por dívidas dos cônjuges

O nosso Cód. Civil actual concentra numa secção própria toda a problemática das dívidas dos cônjuges.

Além do princípio geral referente à legitimidade dos cônjuges para contrair obrigações, a secção define os critérios de distinção entre dívidas que responsabilizam ambos os cônjuges e dívidas que apenas recaem sobre um deles, aponta os bens que respondem por umas e por outras e descreve os modos como se corrigem os desvios aos preceitos relativos à responsabilidade dos bens dos cônjuges (compensações devidas nos termos do art. 1697.º do Cód. Civil).

Esta concentração de disposições sobre dívidas dos cônjuges representa um aperfeiçoamento assinalável de sistematização em relação ao Cód. Civil de 1867. A matéria das dívidas dos cônjuges, regulada nos vários regimes de bens, era uma das mais obscuras e das que maiores dúvidas suscitava, logo pela deficiente articulação das disposições no Cód. de Seabra. No seu anteprojecto do novo Cód. Civil, Pires de Lima não deixou de referir que “o regime das dívidas dos cônjuges, e a determinação dos bens responsáveis, constitui um verdadeiro enigma dentro do nosso Código Civil; e, todavia, bem estudados os princípios que dominam as várias disposições relativas a dívidas, chega-se à conclusão de que, mesmo a aceitar-se a orientação do Código, tudo se pode resumir em bem pouco”⁵³.

O Cód. Civil de 1966 sintetizou as ideias mestras aplicáveis à matéria das dívidas dos cônjuges, regulando-a em secção própria, independentemente do regime de bens existente entre os cônjuges.

O conhecimento do regime da responsabilidade por dívidas, cujos problemas procuraremos abordar e estudar, impõe uma descrição, ainda que sumária e simplificada, da evolução jurídica sofrida por tal regime. Procuraremos, com isso, encontrar as razões que estiveram na origem das normas vigentes e aferir da sua actualidade.

⁵³ Pires de Lima, “Anteprojecto de dois títulos do novo Código Civil referente às relações pessoais entre os cônjuges e à sua capacidade patrimonial”, *BMJ*, n.º 56.º, 1956, p. 20.

A este propósito escreveu Paulo Merêa que “não é com o raciocínio puro, mas sim com o conhecimento científico da evolução jurídica que se pode apreciar a verdadeira natureza das instituições”⁵⁴.

A evolução histórica do regime da responsabilidade por dívidas entre os cônjuges acompanha as concepções sociais vigentes em cada época (como, aliás, acontece com qualquer outra matéria regulada pelo Direito da Família, permeável como é às alterações da sociedade) e ao papel que cada um dos cônjuges desempenha na sociedade conjugal. Numa altura em que apenas o marido tinha poderes de administração e disposição dos bens e onde só ele, em princípio, realizava os negócios da família (contraíndo dívidas) não se preocupou a lei em regular os problemas ligados ao regime da responsabilidade por dívidas. O credor demandava o seu devedor, responsabilizando o património comum que aquele administrava e que se confundia com o seu património próprio. A autonomia recíproca dos cônjuges e a igualdade de poderes fez surgir a necessidade de uma regulamentação específica do regime da responsabilidade por dívidas. Como se lê no Projecto do Código Civil, uma das razões justificativas do novo código esteve no “acentuado declínio da concepção patriarcal da sociedade familiar, que força o legislador a modificar a posição da mulher nas relações pessoais e patrimoniais com o marido (...)”⁵⁵.

Por isso, dada a ausência de fontes claras nesta matéria e até a sua irrelevância prática em época anterior, começaremos pela análise do regime da responsabilidade por dívidas no Cód. Civil de 1867. Não deixaremos, porém, de previamente referir algumas notas em torno do regime da responsabilidade por dívidas entre os cônjuges à luz do direito anterior.

1. Evolução legislativa e doutrinal do regime da responsabilidade por dívidas dos cônjuges até ao Cód. Civil de 1966

1.1 Notas prévias

⁵⁴ Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes Matrimoniais*, vol. I, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1913, p. VII.

⁵⁵ *Projecto do Código Civil*, Ministério da Justiça, Lisboa, 1966, pp. XXXVII e XXXVIII.

Estudar a origem e evolução histórica do regime da responsabilidade por dívidas dos cônjuges implica uma análise da sua regulamentação à luz dos diferentes regimes de bens e dos diversos modos de encarar a relação matrimonial que foram vigorando ao longo dos tempos.

Como bem se compreenderá não conseguiremos fazer paralelismos entre a regulamentação encontrada na História do Direito para as questões atinentes às dívidas contraídas pelos cônjuges, face a terceiros e nas suas relações recíprocas, com a regulamentação que começa a surgir de forma sistemática com as Ordenações e, em particular, com o Cód. de Seabra, dado que a forma de encarar a relação matrimonial e as relações patrimoniais é diferente. Porém, é da progressiva evolução patente na vida social que começaram a surgir certos costumes que, ulteriormente, passaram a lei e que estão na base do regime da responsabilidade por dívidas, bem como de outros regimes, como o da administração e disposição dos bens do casal⁵⁶.

Por essa razão, esta análise, que procura fundamentalmente encontrar um regime geral (ou, pelo menos, regra) regulador da responsabilidade por dívidas dos cônjuges na História jurídica que constitua a base da ulterior regulamentação, será breve e simplificada. Não pretendemos fazer História do Direito, mas olhá-la na tentativa de aí encontrar a razão da regulamentação do regime da responsabilidade por dívidas⁵⁷.

Como veremos, havendo uma *sujeição* da mulher ao marido, assumindo-se este como o administrador dos bens, também era o marido que contraía dívidas responsabilizando todo (ou quase todo) o património do casal, não tendo, por regra, a mulher legitimidade para contrair dívidas e, conseqüentemente, para onerar o património familiar.

⁵⁶ Como refere M.^a Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, cit., p. 49, o regime jurídico das relações patrimoniais entre os cônjuges foi acompanhando as modificações na estrutura da família e a intervenção legislativa veio adequar o regime jurídico às concepções sociais e às necessidades da prática, manifestadas nos costumes e usos que se iam formando. É precisamente isto que pretendemos dizer no texto, especialmente, quanto ao regime da responsabilidade por dívidas dos cônjuges.

⁵⁷ Por isso também nos limitámos à análise da História do Direito português.

Para além da influência do direito romano, do direito canónico⁵⁸ e do direito germânico, essencialmente visigótico, é importante também notar a contribuição do elemento primitivo ou celtibérico, em época anterior à dominação romana e que não desaparece completamente sobre a acção do direito romano⁵⁹. A organização social primitiva assentava sobre o tipo patriarcal e nestas sociedades o casamento realizava-se por meio de uma alienação solene do poder do *pater*, que tomava frequentemente o aspecto de uma venda, recebendo este da parte do noivo o preço do seu poder sobre a filha.

A mulher passava, com o casamento, a ocupar na nova família a posição que ocupava na família de origem e o marido, adquirindo a posição de *pater*, passava a exercer sobre ela os mesmos poderes que exercia sobre os que se encontravam sujeitos à sua autoridade. Neste sistema a mulher não tinha quaisquer bens; todos os bens pertenciam ao grupo familiar representado pelo *pater familias*⁶⁰. Em consequência, e não obstante não termos dados que comprovem a conclusão⁶¹, um tal sistema em que a mulher aparece subordinada ao marido, não tendo qualquer bem, conduz à inutilidade

⁵⁸ Não abordaremos, em particular, o direito canónico, dado que a sua influência reflecte-se essencialmente na concepção do matrimónio e nas relações pessoais entre os cônjuges. Ainda que a forma de ver o casamento e a ideia da colaboração entre os cônjuges se repercuta nas relações patrimoniais, não apresenta o direito canónico uma regulamentação sobre a matéria nem normas relativas às dívidas do casal. Em geral, e mesmo anteriormente à sua tradução por via do direito canónico, nos forais e costumes, a influência dos princípios cristãos trouxe um novo espírito às relações conjugais, cuja influência não se manifestou tanto na esfera legal mas no âmbito dos costumes. O entendimento de que o homem e a mulher formavam dois entes numa só carne (“*duo in carne una*”), de que a mulher desempenhava a posição de companheira, de auxiliar, ainda que sujeita à sua autoridade, levou à substituição, na esfera das relações patrimoniais, do regime da absoluta separação, que era a consequência do casamento *sine manus*, por um outro que aproximasse os interesses dos cônjuges, confundindo-se as duas fortunas e submetendo-as à direcção do marido. V., sobre a influência do cristianismo, Paulo Merêa, *ob. cit.*, pp. 47-49, e vol. II, pp. 23 e 24 e p. 80, e, quanto ao novo papel da mulher, Leite de Campos, *A invenção do direito matrimonial. A institucionalização do casamento*, Separata do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXII, Coimbra, 1995, pp. 72-74.

⁵⁹ Seguimos a exposição de Paulo Merêa, *ob. cit.*, pp. 4 e segs.

⁶⁰ Nem sempre as sociedades patriarcais apresentavam uma estrutura tão rígida, reconhecendo muitas delas à mulher certos direitos, como o de herdeira ou o de ser presenteada por ocasião do *casamento* com uma parte da fortuna familiar. Com estas atenuações coincide normalmente o desmembramento do *pretium puellae* em duas quantias diferentes, ou seja, uma soma entregue, a título mais ou menos simbólico, à família da mulher e uma quantia (um dote) constituída em proveito dela própria (tendo esta última correspondência na *donatio ante nuptia* do direito romano ou o dote *ex marito* do direito visigótico).

⁶¹ A regulamentação das relações patrimoniais depende da forma como se olha a relação matrimonial. Como diz Marnoco e Souza, *História das Instituições, do Direito Romano, Peninsular e Português*, 3.ª ed., Coimbra, França Amado Editor, 1910, pp. 172 e 174, é muito difícil determinar a condição da mulher no direito primitivo, o que se articula com as dúvidas e incertezas acerca da própria organização da família. No mesmo sentido, v., Eduardo da Silva Carvalho, *As formas do regimen matrimonial. Da separação de bens e da simples comunhão de adquiridos*, vol. II, Coimbra, França Amado Editor, 1897, pp. 9 e segs. Como refere Santos Justo, “Relações patrimoniais entre cônjuges: do Direito Romano ao Direito Português”, Separata da *Lusitana*, n.º 2, 2005, p. 139, as relações patrimoniais entre os cônjuges dependem da estrutura da família e, por isso, não as podemos apreciar sem determinar, primeiro, o tipo de família a que se ligam.

de regulação (ou de prática consuetudinária) do regime de dívidas do casal⁶². De facto, só o marido teria legitimidade para contratar e contrair dívidas, onerando o património familiar, no desempenho do seu papel de *pater familias* e administrador dos bens do casal.

Convém aqui fazer uma advertência: quando falamos em casamento reportámo-nos ao acto constitutivo de família tal como era encarado na altura, independentemente do formalismo que hoje reveste. De facto, durante muito tempo o casamento foi encarado como um acto privado assente no consentimento. Era considerado um acto privado, um pacto ou acordo entre duas vontades, primeiro entre as famílias, depois entre os próprios nubentes. Tal acordo, quando não tinha a sua origem nas práticas violentas da exogamia ou do rapto, encontrava a sua expressão jurídica mais adequada na ideia da compra e venda e, mais tarde, no próprio contrato. Com efeito, foi sempre este o conceito jurídico e social do casamento em todos os povos primitivos, ainda que a esse acordo lhe associassem certas solenidades tendentes a realçarem a importância e o significado do acto (p. ex., a entrega de certos bens ou presentes), que permitiam também distingui-lo do mero concubinato⁶³. Só a partir do Concílio de Trento o casamento passou a revestir certas exigências e formalidades.

⁶² Acresce que, numa altura em que o próprio casamento não se revestia de grandes formalidades, não se justificando a sua regulamentação, e regulando-se as relações entre os cônjuges, quer existisse casamento solene (perante o sacerdote) quer *de juras*, de forma costumeira, atendendo à estrutura organizacional da sociedade de então e a forma como se estabeleciam as próprias relações sociais, a outra conclusão não pode chegar-se.

⁶³ Cabral de Moncada, *Estudos de História do Direito*, vol. I, Coimbra, Acta Universitatis Conimbrigensis, 1948, p. 43.

Nas sociedades primitivas estava em uso o casamento por compra que se celebraria por um acto jurídico semelhante ao da aquisição de um direito sobre uma coisa. A mulher vendida passava à situação de cônjuge perante o comprador. Entre os romanos a família constituía-se pelas “justas núpcias”, ou seja, pelo casamento legítimo segundo o direito civil romano e podia realizar-se por três modos: a *confarreatio*, o *usus* e a *coemptio*. A *confarreatio* era própria dos patrícios, não pertencendo à plebe, e tinha um carácter profundamente religioso sendo uma forma solene de casamento. Para a plebe o casamento tinha uma existência de facto consistindo numa união fundada no recíproco consentimento. Porém, aos poucos, reconhecendo a necessidade de considerar de modo jurídico estas uniões foi, por isso, admitido o *usus*, que consistia na coabitação por um ano sem interrupção. Quando mais tarde foi abolida a proibição dos casamentos entre o patriciado e a plebe, surgiu uma nova forma de casamento, comum às duas classes sociais: a *coemptio* (traduzida na compra simbólica da mulher). Por sua vez, no direito visigótico surge-nos o casamento celebrado perante o sacerdote na Igreja, mas também o casamento de mero consenso. Na Reconquista, e dada a necessidade de repovoar o território, surge, ao lado do casamento solene celebrado perante o sacerdote, o casamento *de juras*, assente no mero consentimento e na união dos contraentes. Em Portugal, nos princípios da monarquia, encontravam-se duas formas de casamento: os celebrados à face da Igreja (*de benedictione*) e os de pública fama ou de maridos *conhuçados* (no caso de casamento clandestino, não havendo o registo do casamento pela Igreja, era necessário que homem e mulher fossem tidos como casados por todos e em todos os actos públicos e civis, determinando D. Dinis a sua coabitação por um período de sete anos). Paralelamente a estes existia ainda a *barregania* ou concubinato. A formalidade e a institucionalização do casamento, como hoje as entendemos, só surge com o Concílio de Trento (Leite de Campos, *A invenção do direito matrimonial...*, cit., pp. 135-141). V., sobre a evolução do casamento, Mamoco e Souza, *ob. cit.*, pp. 543 e segs., Araújo Barros, *Elementos de História do Direito Português*, Coimbra, Casa do Castelo Editora, 1938, pp. 127 e segs., e Cabral de Moncada, *ob. cit.*, pp. 37 e segs.

A) Direito romano

A forma mais comum do casamento praticada no direito romano era a do casamento *cum manu* que implicava a passagem da mulher para a família do marido, ficando sujeita ao poder (*manus*) deste ou do seu *pater familias*. Pela *conventio in manu* a mulher entrava *loco filiae* para a família do marido, o que implicava uma *capitis deminutio minima*⁶⁴. Se a mulher era *sui iuris* (se era titular dos seus “direitos”), tudo o que possuía transferia-se para a propriedade do marido (ou do seu *pater*) e confundia-se com o seu património. Se a mulher era *alieni iuris* (se estava sujeita ao direito de outrem e, portanto, não tinha bens) normalmente o seu *pater* contemplava-a com alguns bens que representavam uma espécie de sucessão antecipada, compensando-a da perda dos seus direitos à herança por virtude da *conventio in manu*. Este património (ou dote)⁶⁵ confundia-se com o do marido, ocorrendo o mesmo às aquisições que de futuro a mulher fizesse. Assim, todo o património pertencia ao marido. Estava também vedada à mulher a possibilidade de contrair obrigações, dado não gozar da necessária capacidade (restando-lhe apenas a possibilidade de ser herdeira ou legatária). Se os seus bens se transferiam para o *pater familias* e se adquiria uma *capitis deminutio minima*, as suas dívidas extinguir-se-iam em virtude dessa mesma incapacidade. Ora, tal poderia gerar um enriquecimento injusto, com prejuízo dos credores. Ficcionava-se então, para este efeito, que a mulher não sofreu a *capitis deminutio*, e os credores podê-la-iam demandar exigindo o pagamento dos seus créditos. Ou seja, por efeito desse expediente do *ius praetorium*, o marido recebia o património activo e passivo da mulher⁶⁶. Este sistema, que confundia os patrimónios dos cônjuges, foi designado por regime da “absorção”⁶⁷.

⁶⁴ V., para esta exposição do direito romano, Paulo Merêa, *ob. cit.*, pp. 18 e segs., e M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, *cit.*, pp. 50-67. Sobre algumas generalidades da família romana, v., Álvaro d’Ors, *Elementos de Derecho Privado Romano*, Pamplona, Studium Generale, 1960, pp. 157 e segs., e Santos Justo, *loc. cit.*, pp. 139 e segs.

⁶⁵ É discutível saber se estes bens constituíam já um dote ou se esta instituição era desconhecida até à prática do casamento *sine manu*. Paulo Merêa, *ob. cit.*, pp. 19 e 20.

⁶⁶ Santos Justo, *loc. cit.*, p. 143.

⁶⁷ Roguin, *Traité de droit civil comparé. Les régimes matrimoniaux*, Paris, 1905, *apud* Paulo Merêa, *ob. cit.*, p. 23, e Santos Justo, *loc. cit.*, pp. 140-144. A mesma referência encontra-se em M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, *cit.*, p. 51.

Pelo regime da “absorção”, a que a *conventio in manu* conduzia, todos os bens da mulher *sui iuris* passavam a ser propriedade do marido ou do *pater familias* deste, o que excluía a possibilidade de ocorrerem doações entre os cônjuges. Como refere M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, *cit.*, p. 59, a mulher não podia fazer doações ao marido durante o casamento, uma vez que, ao celebrá-lo, perdera a titularidade dos seus bens. O marido também não podia fazer doações à mulher ou porque

Apesar de todo o património da mulher passar para o marido, normalmente este entregava-lhe um conjunto de bens, destinados ao seu uso pessoal ou ao trabalho no lar. Tais bens constituíam um *peculium*, cuja administração era atribuída à mulher mas cuja propriedade continuava a pertencer ao marido. Como proprietário, o marido devia responder pelas obrigações contraídas pela *uxor* administradora⁶⁸.

Aos poucos, a prática do casamento *sine manu*, inicialmente predominante entre os plebeus e que implicava uma total separação de bens, foi-se generalizando. Neste sistema, a mulher não passava para a família do marido. Permanecia na sua família, embora sujeita à *patria potestas*, se *alieni iuris*, ou à tutela perpétua dos agnados (enquanto esta existiu) se era *sui iuris*. No casamento *sine manu* a situação patrimonial dos cônjuges mantinha-se como antes do casamento, salvo pacto em contrário. A mulher sujeita ao poder do seu *pater* continuava destituída de qualquer fortuna pessoal e a mulher *alieni iuris* não via os seus bens passarem para o poder do marido, ainda que a sua guarda fosse entregue aos seus agnados.

Assim, a mulher que tivesse bens tinha a sua administração e o poder de disposição sobre os mesmos sem necessidade de intervenção do marido, salvo os casos em que carecia da autorização do tutor⁶⁹, tal como o marido tinha a administração e poder de disposição sobre os seus bens. As aquisições feitas por qualquer dos cônjuges aproveitavam exclusivamente ao adquirente, e, se fossem feitas por ambos, repartiam-se nos termos gerais, como aconteceria se fossem dois estranhos. Dissolvido o casamento, nenhum deles tinha direitos sobre o património do outro, salvo se houvesse alguma

todos os bens pertenciam ao *pater* ou porque, mesmo que ele fosse *pater*, a doação que fizesse seria neutralizada pela reversão dos bens ao seu património.

Ainda que não chegue a falar em regime de “absorção”, Eduardo da Silva Carvalho, *ob. cit.*, vol. II, p. 25, nega a existência de qualquer regime de comunhão no direito romano, havendo sim uma confusão de patrimónios: “se tudo era do marido, a mulher não era meeira”.

⁶⁸ V., sobre o *peculium* no direito romano, Manuel García Garrido, *Ius vxorium. El régimen patrimonial de la mujer casada en derecho romano*, Roma-Madrid, Cuadernos del Instituto Jurídico Español, n.º 9, 1958, pp. 5-30.

Constitui isto o antecedente histórico da *Schlüsselgewalt* atribuído à mulher nos diferentes ordenamentos jurídicos aqui analisados, numa altura em que a mulher casada padecia de incapacidade para contratar e para se obrigar. Ou seja, a atribuição à mulher de capacidade para, a título excepcional, contrair dívidas no âmbito do governo doméstico, pelas quais responsabilizava o marido. A evolução social e jurídica e o princípio da igualdade entre os cônjuges conduziu depois à responsabilização de ambos os cônjuges pelas dívidas contraídas para ocorrer aos encargos normais da vida familiar (cfr., o art. 1691.º, n.º 1, al. b), do nosso Cód. Civil).

⁶⁹ Apesar de reconhecida a capacidade patrimonial da mulher, foi necessário, numa primeira fase, resolver o problema da sua incapacidade de exercício. Com efeito, ainda que juridicamente a mulher não estivesse sujeita à *manus mariti* não gozava de capacidade para exercer os seus direitos, só podendo realizar negócios jurídicos com a autorização do tutor. Quando a família romana se tornou cognatícia, a tutela acabou por degenerar e à mulher foi sendo reconhecida a sua autonomia (Santos Justo, *loc. cit.*, pp. 145 e 146).

disposição testamentária e, mais tarde, no caso dos direitos decorrentes da sucessão legítima.

Este regime de casamento conduzia a uma completa separação de bens. Havendo esta separação de bens não se encontravam disposições que traduzissem uma aproximação dos interesses dos cônjuges, dominando, pelo contrário, um espírito de desconfiança em relação aos actos jurídicos por eles praticados.

O regime da separação traduzia um fenómeno social mais geral, patente no tipo de relações pessoais estabelecidas entre os cônjuges. Havia um total alheamento da mulher em relação à família do marido⁷⁰.

Porém, no regime da separação a mulher não contribuía para as despesas familiares. Por isso, foi-se generalizando, como correctivo do sistema, o dote. O dote romano consistia numa doação feita ao marido pela mulher, pelo *pater familias* desta ou por qualquer outra pessoa em nome dela, e tinha como principal objectivo a contribuição para o sustento da família⁷¹.

A evolução sofrida pelo regime dos bens dotais decorreu da progressiva convicção de que o dote pertencia à mulher, já que favorecia o casamento e se destinava às suas necessidades⁷². Numa primeira fase, os bens dotais entravam para o património do marido como qualquer outra aquisição, sem ficarem sujeitos a um regime especial em

⁷⁰ Por isso, quando as relações pessoais entre os cônjuges se modificaram, ou seja, quando a mulher passou a figurar, não só de facto mas de direito, ao lado do marido e se começou a desenvolver uma nova concepção matrimonial caracterizada por uma íntima associação dos cônjuges sob a chefia do marido, assiste-se também a mudanças na esfera das relações patrimoniais. Lentamente, estabeleceu-se uma tendência para a aproximação dos interesses patrimoniais dos cônjuges. A separação absoluta foi sendo substituída por uma associação entre os cônjuges e dos seus interesses patrimoniais, subordinada à autoridade do marido. Paulo Merêa, *ob. cit.*, pp. 45-51.

A separação de patrimónios e dos interesses conjugais manteve-se até ao período do Baixo Império. Todavia, já anteriormente apareciam casos em que, excepcionalmente, era adoptado outro regime mais adverso à independência conjugal. V., como exemplos, os casos referidos por Paulo Merêa, *ob. cit.*, pp. 44 e 45.

⁷¹ A essa necessidade acrescia inicialmente o facto de os filhos serem colocados exclusivamente a cargo do pai, pelo que a única forma de a mulher contribuir para a criação e educação dos filhos era entregar ao marido, para esse fim, uma parte dos seus bens. Por outro lado, não podendo a mãe transmitir aos seus filhos bens alguns, a constituição do dote permitir-lhes-ia fazer chegar às mãos, dissolvido o matrimónio, uma parte da fortuna materna. Todos estes resultados obtinham-se natural e automaticamente no casamento *cum manu*, onde os bens da mulher passavam para a propriedade do marido e, mais tarde, para a dos filhos. No matrimónio *sine manu* era preciso destacar da fortuna da mulher uma porção de bens sujeitando-os a um tratamento especial. V., Paulo Merêa, *ob. cit.*, p. 29. Como nos diz Santos Justo, *loc. cit.*, p. 148, o dote era considerado um conjunto de bens que a mulher, o seu *pater* ou outra pessoa transferia para o marido, “primeiro para compensar a *uxor in manu* da perda dos direitos hereditários em consequência da ruptura do vínculo com a sua família paterna; depois para contribuir para as despesas da vida matrimonial (*onera matrimonii*); e finalmente, para assegurar o sustento da mulher viúva e dos seus filhos”.

⁷² A regulação do dote visou sempre a adequação do regime jurídico dotal às concepções sociais vigentes e a sua modificação conforme as exigências da prática (Manuel García Garrido, *ob. cit.*, p. 56). Sobre a questão de saber a quem pertenciam os bens dotais, v. também, Santos Justo, *loc. cit.*, pp. 149-153.

relação ao resto do património do marido. A mulher não tinha direito à restituição do dote em hipótese alguma. Ulteriormente, quando o dote passou a ser destinado ao matrimónio, visou-se assegurar a sua restituição à mulher, limitando as faculdades de disposição do marido. Por um lado, tornava-se necessário assegurar os meios de existência à mulher repudiada ou à viúva (o lucro de sobrevivência). Por outro lado, o próprio interesse do Estado levava à adopção de medidas tendentes a garantir o dote à mulher repudiada ou à viúva.

A dissolução dos costumes levou o Estado a fomentar os matrimónios legítimos, sendo certo que a mulher sem dote dificilmente conseguia contrair casamento. A restituição do dote permitir-lhe-ia a celebração das segundas núpcias⁷³. Num primeiro momento, divulgou-se o costume de o marido, no próprio acto em que se constituía o dote, prometer a sua restituição, no todo ou em parte, no caso de dissolução do casamento. Esta promessa justificava uma acção *ex stipulatu*, pela qual se exigia a restituição do dote nos termos da estipulação. Paralelamente, surgiu uma outra acção, a *actio rei uxoriae*, pela qual a mulher podia exigir do marido, independentemente de convenção anterior, a restituição dos bens dotais⁷⁴.

Mas, apesar de a restituição do dote se encontrar assegurada, o marido continuou a ser considerado proprietário dos bens dotais e a dispor deles. Foi com a Lei Julia que, proibindo ao marido a alienação do fundo dotal e a manumissão de escravos dotais sem o consentimento da mulher, se deu um passo decisivo para garantir à mulher a restituição do dote. Limitaram-se os poderes do marido e reforçou-se o direito da mulher à restituição do seu dote, com tais garantias que este, um simples direito de crédito, acabou por equivaler, na prática, a um direito de propriedade⁷⁵.

A restituição do dote passou a ser progressivamente assegurada pela *donatio antenuptias*. Esta instituição parece ter tido origem no antigo costume dos presentes que o noivo oferecia à noiva no acto dos esponsais. A sua explicação residia não só no sentimento natural que movia o noivo a presentear a sua prometida, mas sobretudo numa “legítima exigência da mulher, a qual não encontrava na simples possibilidade dum testamento ou duma doação revogável garantia suficiente para a sua viuvez e

⁷³ Paulo Merêa, *ob. cit.*, p. 35.

⁷⁴ Muitas vezes a restituição só era concedida depois de efectuados certos descontos, as *retentiones*, que realizavam um princípio de justiça nas relações patrimoniais entre os cônjuges e que constituem a base das compensações actualmente previstas.

De referir também que a mulher credora do dote tinha a faculdade de ser paga pelo bens do marido com preferência aos outros credores quirografários (*privilegium inter personales actiones*).

⁷⁵ Paulo Merêa, *ob. cit.*, pp. 41 e 42.

compensação bastante sólida do concurso que ela pelo seu lado prestava levando o dote e auxiliando o marido”⁷⁶. Esta doação veio igualmente a constituir uma garantia para a mulher injustamente repudiada, constituindo um travão para os repúdios impensados e escandalosos. Em suma, a *donatio antenuptias* visava garantir os interesses da mulher no caso de viuvez (o lucro de sobrevivência) ou de divórcio ao marido imputável. O dote e a *donatio antenuptias* foram sendo colocados em simetria: esta foi assumindo a função de garantir a restituição do dote, de tal forma que deveria haver, entre uma e outro, certa proporção. A total correspectividade veio a ser consagrada na época de Justiniano que lhe mudou o nome para *donatio propter nuptias*. De facto, ela passou a assumir uma finalidade e autonomia próprias relativamente a qualquer outra doação entre cônjuges. Esta doação *propter nuptias* era válida se fosse contraprestação do dote e proporcional a este, já que, devendo ser restituída, tal como o dote, no final do casamento, não era considerada verdadeira doação (qualquer outra doação entre cônjuges estava abrangida pelo regime clássico da proibição das doações entre cônjuges). Repare-se que os bens que constituíam a *donatio* permaneciam, juntamente com o dote, em poder do marido, que provia aos encargos do matrimónio, não podendo aliená-los sem o consentimento da mulher⁷⁷.

Progressivamente, uma nova concepção de matrimónio conduziu a substituir, na esfera das relações patrimoniais, o regime da absoluta separação por um outro que aproximava os interesses dos cônjuges e os seus patrimónios. Assim, a mulher que, na tradição clássica, reservava para si muitos bens parafernais (*res extra dotales*) (não sujeitos ao dote)⁷⁸, detendo a mais ampla autonomia sobre eles, vai-se conformando com o costume de fazer entrar no dote quase todos ou mesmo todos os bens e de confiar ao marido a administração dos próprios parafernais. Traduzindo a cooperação conjugal, há documentos, do fim do século V, onde as mulheres contratam e assinam juntamente

⁷⁶ Paulo Merêa, *ob. cit.*, p. 52.

⁷⁷ V., Manuel García Garrido, *loc. cit.*, pp. 102-104. Para este autor (pp. 104 e 105), as inovações justinianeias fizeram encarar o património dos cônjuges como um património familiar, superando os princípios clássicos da rigorosa separação de bens e estabelecendo as bases de uma comunhão patrimonial. Ainda que se tivesse mantido a distinção entre as várias massas patrimoniais (bens dotais, parafernais e *donatio propter nuptias*) considerou-se uma comunidade de bens entre os cônjuges, já que as diferentes massas patrimoniais estavam sob a administração do marido e se destinavam à família. Por seu lado, Santos Justo, *loc. cit.*, p. 156, entende que continuava a vigorar o regime da separação de bens, o que não impedia que os bens doados e os bens dotais constituíssem patrimónios destinados às necessidades da família e, por isso, em regra administrados pelo marido. Sobre o direito justinianeu, v., Almeida Costa, *História do Direito Português*, 2.ª ed. (reimpressão), Coimbra, Almedina, 1995, pp. 205-207.

⁷⁸ Os bens parafernais traduziam a existência de uma autonomia patrimonial da mulher, bem como a sua contribuição para os encargos da vida familiar (José A. Alvarez-Caperochipi, *Curso de Derecho de Familia. Matrimonio y régimen económico*, tomo I, Madrid, Civitas, 1988, p. 185).

com os maridos, seja para alienar, seja para adquirir bens, donde se infere que já então se ía formando o costume de figurarem os dois cônjuges conjuntamente nos actos jurídicos.

No casamento *cum manu*, tendo o marido a propriedade, administração e disposição dos bens e havendo a sujeição da mulher ao poder marital, seria lógico que fosse o marido o único que contraísse dívidas, responsabilizando todo o património (ainda que, mais uma vez afirmamos, não tenhamos encontrado qualquer referência ao problema da responsabilidade por dívidas nesta época)⁷⁹. Pelo contrário, no casamento *sine manu*, mantendo cada um dos cônjuges a sua situação patrimonial e fortuna pessoal e os poderes de administração e disposição sobre os seus bens (e sobre os adquiridos ao longo do casamento, nos termos gerais de Direito), será de presumir que qualquer dos cônjuges tinha legitimidade para contrair dívidas, por elas respondendo o seu património próprio e, eventualmente, a parte a que tinha direito, como comproprietário, nos bens adquiridos ao longo do casamento. Porém, há duas ideias a ter em conta.

Por um lado, a mulher continuava sujeita à *patria potestas* ou à tutela dos agnados. Acresce que, apesar das leis conferirem à mulher uma absoluta independência quanto à sua fortuna pessoal, sobretudo quando se emancipa da tutela dos agnados, continuou a haver um sentimento de inferioridade e fraqueza face ao homem. Aliás, só assim se justificam as medidas destinadas a proteger a mulher contra os abusos por parte dos maridos. A proibição da intercessão da mulher a favor do marido (*intercessio*), além de traduzir o espírito de desconfiança entre os cônjuges, tinha uma intenção de proteger a mulher da sua inexperiência, ignorância ou falta de condições⁸⁰.

⁷⁹ Marnoco e Souza, *ob. cit.*, p. 179, refere que “embora não tivesse património próprio, a mulher *in manu* podia sempre (...) obrigar-se pessoalmente sem a auctorização marital, ter um peculio, e até, embora isto seja duvidoso, ter um dote”. Mas, ainda que a mulher também tivesse legitimidade para contrair dívidas, era, por um lado, o marido, ou um terceiro com quem se contratou a *conventio in manu*, que habitualmente contraía dívidas e participava no tráfego jurídico negocial, e, por outro lado, não tendo a mulher um património próprio não havia qualquer garantia para os credores ou a outra parte contratante quanto ao pagamento das dívidas ou cumprimento contratual (não podendo, obviamente, responsabilizar o património familiar cuja administração e direcção cabia ao *pater*).

Relativamente à situação patrimonial dos filhos, a quem, no casamento *cum manu*, a mulher se equiparava, Alvaro d’Ors, *ob. cit.*, pp. 169-171, afirma que pelos delitos por eles cometidos surgia uma obrigação de reparação por parte do *pater*, mas a responsabilidade penal podia ser assumida por este ou, não o pretendendo fazer, podia o *pater* proceder ao abandono do que cometeu o delito (por *mancipatio*). Por outro lado, ainda que a regra fosse que os “subordinados” não podiam contrair dívidas que responsabilizassem o *pater*, permitia-se, em certos casos, a imputação da responsabilidade a este pelas dívidas contraídas por aqueles.

⁸⁰ Assim se justificam os éditos de Augusto e Cláudio, proibindo à mulher a *intercessio* pelos seus maridos. Tal proibição veio depois a ser consagrada no senatusconsulto de Veleiano. V., Paulo Merêa, *ob. cit.*, pp. 27 e 28, e Sebastião Cruz, *Direito Romano (Ius Romanum)*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, 1984, p. 234.

Por outro lado, é provável que, na prática, o regime da separação sofresse importantes atenuações. “Não nos repugna, por exemplo, acreditar que, pelo menos na grande massa da população, a administração dos bens da mulher estivesse de facto confiada ao marido e que a convivência conjugal implicasse naturalmente bolsa comum de lucros e despesas ordinárias”⁸¹. Por tudo isto, duvidamos que o regime da responsabilidade por dívidas existisse em termos paritários entre marido e mulher, e com completa separação patrimonial.

O que é certo é que, traduzindo a realidade social, foi-se assistindo a uma progressiva associação, ao nível jurídico, dos cônjuges. Uma nova concepção do matrimónio conduziu, como referimos, a substituir, na esfera das relações patrimoniais entre os cônjuges, o regime da absoluta separação por um outro em que os interesses dos cônjuges se aproximavam, confundindo-se, até certo ponto, as suas fortunas e submetendo-as à direcção do marido. O novo carácter das relações pessoais reflectiu-se nas relações pecuniárias, sendo este um dos aspectos em que “se nota um contraste mais flagrante entre a alteração dos costumes e a imutabilidade legislativa. Com efeito, a legislação positiva nada ou quase nada revela(va) da obscura transformação que lentamente se ia realizando no sentido de aproximar os interesses pecuniários dos esposos (...)”⁸².

Embora haja dúvidas sobre o regime que foi aplicado na Península Ibérica durante a dominação romana, parece certo que, quando se começou a utilizar o Direito Romano, o casamento *cum manu* já estava em total decadência, vigorando sobretudo o regime dotal. Por outro lado, apesar da ocupação romana, as populações que se encontravam na Península tinham os seus próprios costumes e leis matrimoniais que acabaram por se fundir com os dos invasores⁸³. Era o que acontecia com o dote *ex marito*, costume celtibero que consistia numa soma entregue pelo marido à família da mulher. Este costume subsistiu, tanto mais que não se opunha às instituições romanas, encontrando paralelo na *donatio antenuptias*. Em todo o caso, entende-se que, durante a dominação romana, o regime vigente na península terá sido o dotal⁸⁴.

⁸¹ Paulo Merêa, *ob. cit.*, pp. 26 e 27. Mesmo que vigorasse a separação completa e pura de bens (e, de facto, o direito da altura não nos fornece indicação em sentido contrário), a mulher, incapaz de gerir por si só os seus bens, podia confiar a sua administração a um terceiro (e não necessariamente ao marido).

⁸² Paulo Merêa, *ob. cit.*, p. 49.

⁸³ Sobre o direito vigente na Península, v., Almeida Costa, *ob. cit.*, pp. 85-98.

⁸⁴ Paulo Merêa, *ob. cit.*, pp. 59 e segs. Aliás, o regime dotal terá persistido mesmo depois da invasão visigótica, já que o Breviário de Alarico consagrou o princípio da separação juntamente com o uso do dote e da *donatio antenuptias* (Paulo Merêa, *ob. cit.*, p. 64).

B) Direito visigótico e período da Reconquista

A escassez e a obscuridade das fontes não nos permitem determinar o regime matrimonial vigente entre as populações germânicas em tempo anterior às invasões⁸⁵. Em todo o caso, entende-se que do antigo preço pago pelo esposo ao pai da noiva, passou-se à existência de um verdadeiro dote constituído pelo marido em benefício da mulher e destinado, sobretudo, a garantir a sua situação de viúva. Quanto ao regime a que estes bens estavam sujeitos, tudo indica que a regra fosse a da absorção do património da mulher no do marido, ou seja, a sua absorção na “fortuna doméstica” que se encontrava subordinada à direcção do pai de família (detentor do *mundium*, semelhante à *manus* marital dos romanos), dada a índole essencialmente comunitária dos povos germânicos. À medida que o espírito comunitário se foi esbatendo e a situação da mulher se foi alterando, este regime começou a transformar-se numa “união de bens” que estava sob a direcção do marido enquanto o casamento durasse.

É essencialmente o povo visigótico, de entre os povos germânicos, que trouxe alguma influência para a regulação do regime matrimonial. O regime matrimonial visigótico era um regime de “união de bens”, sob poder marital, combinado com um sistema segundo o qual a mulher podia levar consigo para o casamento uma porção de bens que continuavam a pertencer-lhe após o casamento.

Assim, o regime de “união de bens”, a que estavam sujeitos os bens dos cônjuges, na época do direito visigodo, caracterizava-se, fundamentalmente, pelos patrimónios do marido e da mulher permanecerem juntos no decurso do casamento, incumbindo ao marido a sua administração exclusiva⁸⁶. Em virtude deste poder, o marido podia alienar os bens mobiliários da mulher⁸⁷, ainda que não pudesse alienar os imóveis desta sem o

⁸⁵ V., sobre o regime germânico, Paulo Merêa, *ob. cit.*, pp. 74-86. A esta dificuldade também se referem Ludwig Enneccerus/Theodor Kipp/Martin Wolff, *Lehrbuch des burgerlichen Rechts, Familienrecht*, trad. Blas Pérez González/José Castán Tobeñas, tomo IV, vol. I, Barcelona, Bosch, 1979, pp. 280-285, quanto às raízes históricas dos regimes matrimoniais quer no direito alemão quer no direito espanhol (pp. 285-289).

⁸⁶ Seguimos aqui Paulo Merêa, *ob. cit.*, pp. 76 e segs. V. também, Yolanda Bustos Moreno, *Las deudas gananciales y sus reintegros*, Madrid, Dykinson, 2001, pp. 34 e segs.

Referem alguns autores que não se encontra qualquer texto legal que formalmente atribua ao marido os poderes referidos no texto, encontrando-se até fórmulas em que a mulher dá ao marido mandato para este administrar os seus bens o que demonstra que essa administração não derivava da lei. Por isso, entendem que o marido não tinha quaisquer poderes sobre os bens da mulher, podendo esta administrá-los e dispor livremente deles. V., Paulo Merêa, *ob. cit.*, p. 85, nota 1.

⁸⁷ Entendiam alguns autores que, nesse caso, o marido era responsável pelo seu valor. V., Paulo Merêa, *ob. cit.*, p. 77.

Os poderes do marido sobre os bens da mulher apareciam como uma consequência natural da autoridade marital.

seu consentimento (salvo no caso de extrema necessidade). A mulher, por seu lado, não podia alienar os seus bens, nem contratar, sem consentimento do marido, salvo dentro da sua competência doméstica⁸⁸. Dissolvido o matrimónio, os dois elementos que formavam o património conjugal separavam-se, ficando sob o poder do seu proprietário ou dos seus herdeiros.

A partir de dada altura, os poderes ilimitados que o marido tinha sobre os seus bens próprios, começaram a sofrer uma restrição resultante da necessidade do concurso da mulher para a sua alienação. Esse concurso era também frequentemente prestado no caso de aquisição de bens imóveis. Surge, assim, uma nova fisionomia da união conjugal, caracterizada por uma associação de interesses. Entre os povos germânicos, os poderes do marido estavam, por isso, limitados no que toca aos bens imóveis não se fazendo mesmo, a partir de certa época, qualquer distinção entre bens da mulher e bens do marido, ou seja, a alienação de bens imóveis, quaisquer que fossem, exigia o consentimento de ambos os cônjuges.

Sobre estas tendências germânicas não podemos esquecer que actuaram as concepções de direito romano, assentes na separação de poderes. Porém, a própria tradição jurídica romana, nos últimos tempos do Império, e como vimos, sofreu o impacto dos costumes que se mostravam favoráveis a uma união íntima dos interesses conjugais sob a direcção do marido⁸⁹. O elemento germânico acentuou estes costumes⁹⁰ e é o regime da união de bens, como o referimos, que se encontra nos textos da Reconquista.

⁸⁸ Mais uma vez se encontra uma referência histórica às dívidas contraídas no exercício do governo doméstico.

⁸⁹ A mulher normalmente fazia entrar no dote todos ou quase todos os seus bens, conferia ao marido a administração dos seus bens parafernais... V., Yolanda Bustos Moreno, *ob. cit.*, p. 32.

⁹⁰ Mesmo que se admita que, sobretudo nas classes superiores, a influência romana levasse à independência da mulher quanto aos parafernais, a maioria da população inclinou-se para o regime da união.

Além dos bens que constituíam a fortuna pessoal e o dote da mulher⁹¹ e os bens próprios do marido, faziam parte do regime da “união de bens” os bens adquiridos, ou seja, os rendimentos dos bens dos cônjuges, o produto do seu trabalho e os bens obtidos a título oneroso. Os defensores da união de bens entendiam que estes bens adquiridos eram propriedade exclusiva do marido, o qual tinha sobre eles plenos poderes, com respeito pela obrigação de prover às necessidades do casal⁹². Porém, a partir de certa altura, passou a atribuir-se à mulher uma quota parte nos bens adquiridos, independentemente da sua proveniência⁹³. Por outro lado, a regra que se aplicava aos bens imóveis próprios da mulher (que não podiam ser alienados pelo marido sem consentimento da mulher), passou a aplicar-se também aos bens adquiridos. Começaram, assim, a surgir as principais linhas da comunhão de adquiridos⁹⁴.

Na verdade, e quanto aos direitos dos cônjuges sobre os bens durante o casamento, as leis nada referiam. A administração dos bens incumbia ao marido, mas é provável que o

⁹¹ De referir que não se encontra nas leis visigodas qualquer referência ao dote romano. Os bens que a mulher levava para o casamento, que passavam para a administração e disposição do marido, realizavam uma função idêntica à do dote mas desapareceu o regime especial do dote romano. O que passou a existir foi o dote visigótico (o dote *ex marito*), que é independente da ideia do dote por parte da mulher, o qual podia ser constituído pelo marido ou por outra pessoa, nomeadamente, pelo seu pai em nome dele. A constituição do dote visava sobretudo prover às necessidades da mulher, evitando que ela se encontrasse numa condição precária em caso de morte do marido. A função característica do dote era a de um “lucro de sobrevivência” (e, como tal, no caso da mulher falecer primeiro, devia continuar a fazer parte do património do viúvo, em vez de passar para os herdeiros daquela). Aliás, a não constituição do dote fazia recair sobre a mulher não dotada a desfavorável presunção de ser havida como mera concubina. Tratava-se de uma doação do marido, sujeita às regras gerais das doações entre cônjuges (cujo regime foi evoluindo: enquanto o Código de Teodósio seguia a solução do direito romano, tal solução foi afastada pelo Código de Eurico que permitia as doações entre casados; o Breviário de Alarico voltou a proibi-las – v., Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito Português. Fontes de Direito*, 2.ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1991, p. 87), adquirindo a mulher a propriedade sobre os bens dotais, embora com algumas limitações.

Repare-se ainda que, mesmo sendo o dote propriedade da mulher, o marido tinha sobre os bens dotais poderes de administração, podendo alienar os bens móveis, ficando, quando muito, responsável pelo seu valor. A mulher, por seu lado, dada a sua situação de subordinada, não poderia dispor de qualquer dos bens do seu dote sem consentimento do marido. Ou melhor, de direito, a mulher teria a administração do dote, bem como de todos os outros bens que o marido lhe doasse, podendo dispor deles sem consentimento do marido. Mas, na prática, esta administração caberia ao marido, sem necessidade de mandato expresso, dado o seu papel de chefe de família (Paulo Merêa, *ob. cit.*, pp. 112-114, e “Estudos sobre a história dos regimes matrimoniais”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ano XVIII, 1942, pp. 71 e segs.).

⁹² Os partidários da separação admitem, pelo menos de direito, que os bens adquiridos pertenciam ao cônjuge de cujo património ou trabalho emanavam. Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, *cit.*, p. 116.

⁹³ Há notícia de casos em que a mulher dispunha durante o casamento da sua parte nos bens adquiridos, inclusivamente a favor do marido (Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, *cit.*, p. 119).

⁹⁴ Como refere Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, *cit.*, p. 126, a partir da regulamentação de Rescesvindo (que determinou que os bens adquiridos pertenciam em comum a ambos os cônjuges, sendo a quota parte de cada um deles proporcional ao valor da respectiva fortuna), a estrutura jurídica da comunhão de adquiridos adquire uma maior precisão, podendo determinar-se-lhe as suas linhas gerais. Acrescenta ainda o autor (p. 128) que a regra da proporcionalidade referida na lei de Rescesvindo, contrária aos costumes e de difícil aplicação prática, terá sido frequentemente desprezada, sobretudo pelos casais com fortuna modesta. Assim se explica, segundo o autor, que a legislação da Reconquista apresente o costume de dividir os adquiridos por metade.

costume determinasse a necessidade do consentimento da mulher para a sua alienação, sobretudo no caso dos bens imóveis, e que, por seu lado, a mulher não pudesse realizar relativamente a eles qualquer acto sem autorização do marido⁹⁵. A tal entendimento, acrescentamos nós que também o regime da responsabilidade por dívidas não estava regulado. De facto, configurando-se o regime visigótico como um regime de “união de bens”, nos termos descritos, lógico seria que só o marido tivesse legitimidade para contrair dívidas, podendo responsabilizar todos os bens por ele administrados, o que incluiria também os bens parafernais e dotais da mulher (podendo ser responsável pelo seu valor) e os bens adquiridos (repare-se que a participação proporcional ou por metade nos bens adquiridos funcionava apenas no caso de dissolução do casamento). São, porém, meras suposições dado não encontrarmos qualquer base legal ou consuetudinária que as fundamente.

O regime matrimonial usado em Leão e Castela e em Portugal, durante o período da Reconquista e até à implementação do regime dotal justiniano⁹⁶, era o chamado casamento por arras⁹⁷, sendo a sequência natural do regime visigótico⁹⁸. Apresentava-se sob a forma de união de bens, combinada com a instituição do dote germânico, com uma comunhão de bens adquiridos depois do casamento e com a administração e disposição dos bens sujeitas à regra do concurso conjugal⁹⁹.

O regime de casamento por arras compreendia os bens próprios (trazidos pelos cônjuges para o casal)¹⁰⁰, as arras (ou dote germânico) e os bens adquiridos (*ganancias*).

⁹⁵ Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, cit., p. 128.

⁹⁶ Mais uma vez, seguimos a exposição de Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, cit., vol. II, pp. 3 e segs.

⁹⁷ No período da Reconquista vigorava o costume do dote em favor da mulher que, no território português, aparecia sob a designação de arras ou de dote *ex marito*. Por arras entendia-se tudo quanto o marido oferecia à mulher em razão do matrimónio (Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, cit., vol. II, p. 42). Quanto à génese da palavra, terá sido a confusão que se fazia entre as *arrahae* esponsalícias (entrega de uma quantia ou objecto pelo noivo à noiva nos esponsais) e o dote *ex marito* que levou à generalização do termo arras para designar todo o conjunto - Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, cit., vol. II, pp. 43-48.

⁹⁸ R. Perez-Bustamante, “La communauté de biens en histoire du droit espagnol”, in AAVV, *Le Droit de la Famille en Europe. Son évolution depuis l'Antiquité jusqu'à nos jours*, sob a direcção de Roland Ganghofer, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1982, p. 543, entende que o regime de comunhão de adquiridos, vigente actualmente no Cód. Civil espanhol, remonta à participação do marido e da mulher quanto aos bens adquiridos durante o casamento presente no direito visigótico.

Por esta razão não nos referiremos ao regime matrimonial muçulmano e à sua influência na Península. Com efeito, é evidente que o elemento árabe alguma influência trouxe ao direito peninsular, mas não há elementos para apreciar até que ponto terá ido essa influência sobre o regime matrimonial. V., Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, cit., vol. I, p. 139.

⁹⁹ Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, cit., vol. II, p. 4.

¹⁰⁰ Os bens que a mulher levava para o casamento eram bens próprios, podendo assumir valor significativo. De facto, os direitos sucessórios das mulheres não encontravam em Leão, Castela e Portugal quaisquer limitações. As mulheres, além de poderem ser beneficiadas em testamento, concorriam à sucessão legítima com os herdeiros masculinos do mesmo grau. Supõe-se, por isso, que esses bens continuassem a pertencer exclusivamente às mulheres, passando, por morte delas, para os seus herdeiros.

Salvo convenção em contrário, cada um dos cônjuges conservava a propriedade dos bens que levava para o casamento, os quais, uma vez dissolvido aquele, ficavam em poder do respectivo proprietário ou passavam para os seus herdeiros. Durante o casamento, não havia, porém, uma separação de patrimónios. O marido era o administrador dos bens, próprios de ambos os cônjuges ou adquiridos, e podia dispor livremente dos bens móveis (limitando-se talvez a responder pelo seu valor), carecendo do consentimento da mulher para dispor dos imóveis¹⁰¹. À situação de supremacia do marido contrapunha-se a incapacidade da mulher, revelada em muitos foros e costumes municipais que proibiam as mulheres de contratar, e em especial de prestar fiança, bem como de comparecer em juízo, sem autorização do marido¹⁰². Havia, assim, a livre administração do marido e uma certa incapacidade da mulher para contratar ou estar em juízo¹⁰³.

No caso de dissolução do casamento em vida (por anulação ou separação *quoad thorum* pronunciada pela Igreja, ou separação voluntária ou repúdio por parte do marido), a regra seria a de que cada um dos cônjuges retomava os seus bens próprios ficando a ter sobre eles os direitos que tinha anteriormente ao casamento. No caso de morte, em princípio, os bens do *de cujus* passavam para os seus herdeiros¹⁰⁴.

¹⁰¹ Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, cit., vol. II, pp. 26 e 27, refere a existência de uma lei de Afonso III onde se declara não poder nenhum dos cônjuges vender bens imóveis, nem litigar sobre eles, quer como autor quer como réu, sem procuração ou outorga do outro cônjuge, sob pena de nulidade. Refere também o autor (p. 27, nota 1) que o concurso conjugal fazia parte integrante do direito de outras regiões peninsulares, como Navarra e Aragão, verificando-se o mesmo em França e na Alemanha. Neste sentido, v. também, R. Perez-Bustamante, *ob. e loc. cit.*, p. 453.

¹⁰² Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, cit., vol. II, pp. 12 e 13. À incapacidade referida no texto acresce que a mulher não podia também ser demandada, julgada ou presa na ausência do marido. Tais prerrogativas cessavam, porém, e segundo alguns forais, no caso da mulher ser comerciante, em que o consentimento do marido tornava-se desnecessário. De referir ainda que os documentos antigos do século XII mostram que a mulher tinha, porém, além da propriedade, poderes de administração e disposição das suas arras, pelo menos, de direito (v., Artur A. de Castro/Mário M. Reymão Nogueira, *História de Direito Português. Direitos de Família: casamento e regimes de bens*, Coimbra, Atlântida Editora, 1930, p. 52, e Paulo Merêa, “Estudos...”, *loc. cit.*, ano XIX, 1943, p. 403). Nada repugna também acreditar que, à semelhança do que acontecia em França, a mulher assumisse funções de direcção no caso do marido estar ausente ou impossibilitado. Além disso, dentro da esfera do governo doméstico, era natural que à mulher competissem poderes de administração (Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, cit., vol. II, p. 20, nota 2).

¹⁰³ Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, cit., vol. II, pp. 16-21, considera que a incapacidade da mulher visava protegê-la contra a sua própria inabilidade, afastando-a de certos actos que pudessem pôr em perigo o património doméstico. Na realidade, não se trataria de um verdadeiro estado de incapacidade mas de um estado de “subordinação e dependência”, exigido pela própria estrutura orgânica da união conjugal.

Por sua vez, e na mesma lógica, pronunciando-se a propósito do direito romano e da tutela imposta à mulher, Marnoco e Souza, *ob. cit.*, pp. 175-177, afirma que a incapacidade da mulher *sui iuris* e a imposição da tutela dos agnados era no interesse do próprio tutor, tentando evitar que a mulher onerasse ou dissipasse os bens que, como seus herdeiros, caberiam àqueles.

¹⁰⁴ Há indícios, porém, de que em muitos locais essa regra podia ser modificada pela atribuição ao cônjuge sobrevivente de certos direitos sobre a fortuna do outro, a título de “lucro de sobrevivência”. V., Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, cit., vol. II, pp. 32-

Aquilo que fundamentalmente distinguia este regime da comunhão geral de bens era a existência das arras¹⁰⁵, ou seja, do dote *ex marito*. Na constância do casamento, as arras estavam submetidas a um regime análogo ao da restante fortuna feminina, ou seja, eram administradas pelo marido, embora este não pudesse dispor delas sem o consentimento da mulher¹⁰⁶.

No caso de dissolução do casamento por morte da mulher, ou por causa a ela imputável, as arras, em princípio, ficavam a pertencer ao marido. Se o marido falecesse primeiro, a mulher ficava com as arras. Era também frequente que a escritura dotal impusesse certas restrições neste âmbito, em proveito dos filhos ou dos herdeiros do marido, ficando a mulher com uma espécie de direito de usufruto. Se a mulher morresse sem descendência e sem dispor dos bens dotais, estes passavam para os herdeiros do marido¹⁰⁷.

O casamento por arras completava-se pelo costume da comunhão de adquiridos¹⁰⁸. Ainda que mal definidos e variando de região para região, de um modo geral poderá dizer-se que constituíam bens adquiridos os bens obtidos durante a constância do matrimónio a título oneroso, isto é, os rendimentos dos bens próprios e o produto do trabalho ou indústria dos cônjuges, independentemente de se tratar de bens móveis ou

38. A partir de certa altura começou a estipular-se que determinados bens seriam havidos como comuns e repartidos entre o cônjuge sobrevivente e os herdeiros do outro, segundo as regras da comunhão.

¹⁰⁵ O principal intuito das arras era prover à situação da viúva, explicando-se, por isso, a cláusula frequente que limitava os poderes da mulher a uma espécie de usufruto. A substituição das arras pelo termo dote só surgiu no *Fuero de Cuenca*, sendo que o *Fuero Real* ainda falava de arras (Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, cit., vol. II, p. 49).

¹⁰⁶ Segundo Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, cit., vol. II, p. 63, era essa a doutrina que, pelo menos, se harmonizava mais com a fisionomia da época, ainda que haja textos que indiciam um regime de absoluta separação. É possível que, em certos casos, a mulher estivesse encarregue da administração das suas arras. Tratar-se-ia, contudo, de um fenómeno isolado. De facto, a mulher casada encontrava-se numa situação de dependência dificilmente conciliável com a existência de amplos poderes sobre as arras. Mesmo se se admitir que, em certos casos, incumbia à mulher a administração das suas arras, o costume do concurso conjugal abrangia, por certo, também os bens dotais, sobretudo os bens imóveis, não podendo, por isso, a mulher dispor dos mesmos sem o consentimento do marido.

Para Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, cit., vol. II, p. 71, as arras eram desde o dia da sua constituição propriedade da mulher e, por isso, constituíam uma doação imediata, ainda que o exercício dos direitos dela resultantes para a donatária encontrasse algumas restrições.

¹⁰⁷ Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, cit., vol. II, pp. 66-70.

¹⁰⁸ Sobre a consolidação desta comunhão, Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, cit., vol. II, pp. 79-82, justifica-a pelo facto de a situação da mulher tender a elevar-se progressivamente, sendo de notar os seus amplos direitos a nível sucessório. Tais direitos, permitindo-lhe contribuir para a constituição do património doméstico, conferiam-lhe uma maior importância na sociedade conjugal e legitimavam a sua participação na fortuna adquirida. Por outro lado, a comunhão de adquiridos integrava-se numa série de mecanismos pelos quais se procurava prover à situação da viúva. Acresce que não será de desprezar a influência das concepções de então que, inspiradas pelo espírito cristão, atribuíam à mulher um papel de colaboração dentro do matrimónio. Esta evolução só não desembocou numa comunhão mais ampla pela preocupação de conservar a propriedade avoenga intacta e inerente à família.

imóveis ou de provirem da mulher ou do marido¹⁰⁹. O valor dos trabalhos efectuados nos bens próprios de qualquer dos cônjuges ingressava nos bens adquiridos¹¹⁰.

Durante a constância do matrimónio, os direitos dos cônjuges sobre os bens adquiridos deviam aproximar-se muito dos que eles tinham sobre os bens próprios, ou seja, a sua administração caberia ao marido. Mas, a parte que a mulher tinha na comunhão, aliada ao costume do concurso conjugal para as alienações de maior importância (sobretudo, bens imóveis), levariam à necessidade do consentimento da mulher para os actos de disposição.

Por morte de um dos cônjuges, o sobrevivente ficava com uma quota dos *ganancias* e os herdeiros do defunto com outra. Supõe-se que os bens se repartiam por igual. Estas regras podiam ser alteradas, p. ex., quando os cônjuges celebrassem no decurso do casamento o chamado “pacto de unidade”. Neste caso, o cônjuge sobrevivente usufruía todos os *ganancias* e, só por sua morte, se procedia à partilha entre os respectivos herdeiros e os do cônjuge predefunto¹¹¹.

Se em matéria de administração e disposição de bens se consegue fixar, com certo rigor, os poderes dos cônjuges, o mesmo não pode dizer-se relativamente a outros pontos com estes intimamente relacionados, nomeadamente, o da responsabilidade por dívidas (especialmente, a responsabilidade dos bens da mulher, quer parafernais quer os dotais (as arras), por certos actos, lícitos ou ilícitos, praticados pelo marido sem a sua intervenção). As fontes jurídicas são escassas e imprecisas, sendo importante chamar a

¹⁰⁹ Ainda que não possa afirmar-se com segurança que não entrassem na categoria dos *ganancias* os bens adquiridos por doação, tanto mais que noutras legislações coevas, nomeadamente no direito francês, eram considerados adquiridos, em princípio, os imóveis doados a qualquer dos cônjuges. Refere, porém, Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, cit., vol. II, pp. 85 e 86, que existem razões que apontam para a exclusão dos bens adquiridos por doação. Por um lado, no direito visigótico, na sua última fase, os bens adquiridos a título gratuito não integravam a massa comum. Por outro lado, o *Fuero Viejo* e as compilações espanholas de carácter geral, reproduziam, mais ou menos, a doutrina do *Fuero Juzgo*, excluindo expressamente dos *ganancias* tudo que adviesse ao cônjuge por doação. O próprio direito foral da Reconquista, ainda que com uma linguagem pouco explícita, não se opunha a essa tradição jurídica.

¹¹⁰ Não havia, na altura, regra uniforme, sobre o destino dos bens sub-rogados em lugar dos próprios, isto é, obtidos em troca de bens próprios ou com o produto da venda destes. Parece, porém, que a tendência era no sentido de estes bens serem considerados como *ganancias* e, portanto, repartíveis. Mais tarde, divulgou-se o costume oposto, aparecendo *Fueros* a negar expressamente a qualidade de bens adquiridos aos bens obtidos por permuta de bens próprios ou com o preço da sua venda (Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, cit., vol. II, pp. 88 e 89).

¹¹¹ Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, cit., vol. II, pp. 91-95. Quanto à partilha dos bens adquiridos em vida dos cônjuges (por anulação, divórcio, separação *quoad thorum* ou separação voluntária dos cônjuges), não se sabe ao certo como se procederia, supondo-se que se efectuava a partilha imediata dos bens adquiridos (mesmo autor e obra, pp. 95-97). Yolanda Bustos Moreno, *ob. cit.*, p. 36, a propósito do ordenamento jurídico espanhol, refere que a regra nos reinos de Castela e Leão era a da divisão proporcional dos bens adquiridos, mas a prática seguida, e prevista no *Fuero Viejo* de Castela, era a da partilha por metade. Assim, para a determinação dos bens adquiridos que cabiam à mulher e ao marido, por partilha, não se atendia à diferença de contribuição de cada um para os bens que ingressaram no património comum, repartindo-se antes os adquiridos por metade.

atenção para a existência de práticas variadas e desencontradas e não uma regra uniforme sobre a matéria¹¹².

De facto, as fontes não nos informam com clareza sobre se os bens da mulher respondiam pelas dívidas contraídas pelo marido sem o seu consentimento ou se só constituíam garantia para o credor no caso dela ter prestado o consentimento. Dado o papel conferido ao marido, de administrador dos bens, seria provável que a tendência mais geral fosse no sentido da regra formulada pelo *Fuero Viejo* de que a fortuna da mulher¹¹³ respondia por aquelas dívidas desde que elas tivessem sido contraídas em proveito comum da família¹¹⁴.

De referir que a mulher só podia contrair dívidas com o consentimento do marido e, por isso, só nessas circunstâncias podia obrigar os seus bens e os bens comuns¹¹⁵. Porém, e como diz Yolanda Bustos Moreno, a mulher podia contrair dívidas sem o consentimento do marido, de acordo com o *Fuero Viejo*, até um certo limite¹¹⁶. De facto, parece remontar ao direito germânico o “poder das chaves”, ou seja, a mulher podia contrair as dívidas necessárias para o sustento do lar e da família, sem consentimento do marido. Por estas dívidas respondia também o património comum tal como em relação a todas as dívidas do marido¹¹⁷.

¹¹² Sobre esta questão, v., Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, cit., vol. II, pp. 28-32, e quanto às arras, p. 66, nota 1. Citando o mesmo autor, e quanto a este ponto, v., Araújo Barros, *ob. cit.*, p. 41.

¹¹³ O que referimos a propósito dos bens próprios da mulher teria aplicação, de um modo geral, às arras, ainda que a escassez e imprecisão dos documentos não o permita afirmar com grande rigor (Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, cit., vol. II, p. 66).

¹¹⁴ Ainda que em alguns locais se seguisse uma jurisprudência mais rígida, ficando responsáveis pela dívida os bens da mulher independentemente de a dívida ter sido contraída em proveito comum.

Em França, os bens imóveis da mulher respondiam pelas dívidas contraídas pelo marido sem o seu consentimento, mas só depois de excutidos os bens comuns e os imóveis (Lefebvre, *Cours de doctorat sur l'histoire du droit matrimonial français: le droit des gens mariés*, 1908, p. 262, *apud*, Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, cit., vol. II, p. 30, nota 2). De facto, o marido, como administrador dos bens do casal, responsabilizava todo o património comum pelas dívidas que contraísse. Em todo o caso, mais tarde, o Costume de Paris admitia algumas excepções a esta regra. Assim, quando o marido contraísse uma dívida no seu interesse exclusivo não responsabilizava o património comum, para evitar que pudesse, com a sua supremacia sobre os bens, prejudicar a parte que cabia à mulher no património comum. O mesmo acontecia no caso de dívidas geradas em relação a um filho de anterior casamento ou a obrigação de garantia contraída pelo marido para com o comprador de um bem hereditário próprio da mulher que o marido vendeu sem consentimento desta (Yolanda Bustos Moreno, *ob. cit.*, p. 45). Na Alemanha, pelo *Sachsenspiegel*, os bens imóveis da mulher não respondiam pelas dívidas contraídas pelo marido sem o seu consentimento; e a mulher casada que contraísse dívidas sem consentimento do marido ficava na obrigação de as pagar por morte deste ou, ainda na vida deste, pelos bens “separados” que porventura houvesse. Além disso, o marido respondia pelas dívidas da mulher anteriores ao matrimónio (Masse, *Du caractère juridique de la communauté entre époux dans ses précédents historiques*, Paris, 1902, p. 137, e Brissaud, *Manuel d'histoire du droit privé*, Paris, 1908, *apud*, Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, cit., vol. II, p. 30, nota 2).

¹¹⁵ R. Perez-Bustamante, *ob. e loc. cit.*, p. 544.

¹¹⁶ Yolanda Bustos Moreno, *ob. cit.*, p. 38.

¹¹⁷ María Jesús Monfort Ferrero, *La Responsabilidad de los Cónyuges ante las Necesidades Ordinarias de la Familia*, Navarra, Aranzadi, 2004, p. 16.

No caso de o marido prestar fiança, sem consentimento da mulher, os costumes peninsulares, traduzidos depois no *Fuero Real*, apontavam no sentido de que os bens próprios da mulher não respondiam pela dívida contraída. Pelo contrário, em Portugal, e assumindo que a legislação de Afonso III traduzia os costumes aí vigentes e não um corte com os mesmos, a tradição era outra. Nesta legislação de Afonso III ficou estabelecido que, salvo quando o marido estivesse judicialmente incapacitado para prestar fiança, os bens próprios da mulher respondiam pela dívida¹¹⁸.

Quanto às dívidas decorrentes de factos ilícitos, muitas disposições municipais isentavam os bens próprios da mulher das penas pecuniárias e do confisco e algumas até lhe conferiam direito a uma parte dos bens maritais confiscados. E estas disposições abrangiam, em regra, as arras e a parte da mulher nos bens adquiridos¹¹⁹. Porém, mais uma vez, a legislação de Afonso III determinava que em caso de delito do marido (e salvo se este fosse “dado por traidor”), os bens da mulher podiam ser penhorados para o pagamento da coima¹²⁰. Não se refere, todavia, à questão de saber se os bens da mulher só respondiam subsidiariamente, depois de excutidos os bens do marido, ou se podiam de imediato ser responsabilizados pela coima.

Quanto à comunhão de adquiridos, seria muito provável que os bens adquiridos respondessem pelas dívidas contraídas pelo marido mesmo sem consentimento da mulher, sendo de aplicar o mesmo regime, em matéria de fiança e delitos praticados pelo marido, referidos anteriormente a propósito dos restantes bens¹²¹.

Em França, além do marido não poder dispor, sem consentimento da mulher, dos bens imóveis adquiridos, também não podia comprometer os bens imóveis adquiridos

¹¹⁸ Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, cit., vol. II, pp. 30 e 31.

¹¹⁹ Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, cit., vol. II, p. 31.

¹²⁰ Os foros de Cuenca, Béjar, Zorita de los Canes, Plasencia, Teruel-Albarracín, Brihuega e Fuentes de la Alcarria determinavam também que a mulher respondia com os seus bens próprios, móveis e imóveis, alguns deles abolindo o costume, até então existente, de que no caso de prática de delito pelo marido a mulher podia retirar os seus bens próprios e a sua parte nos bens comuns. V., J. Martínez Gijón, “El régimen económico del matrimonio y el proceso de redacción de los textos de la familia del Fuero de Cuenca”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo XXIX, 1959, pp. 97-103, e J. Barceló Doménech, *Responsabilidad de los bienes gananciales por las obligaciones extracontractuales de un cónyuge*, Valencia, Tirant lo blanch, 2000, p. 24. Acrescenta este último autor que o *Fuero Real* veio estabelecer como princípio geral o da irresponsabilidade penal de um cônjuge pelos delitos cometidos pelo outro, pelo que a mulher não responderia, nem com os seus bens próprios nem com a sua parte nos comuns, pelos delitos do marido (pp. 25 e 26). E as Partidas seguiram o mesmo entendimento.

¹²¹ V., Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, cit., vol. II, p. 91. Pelo *Fuero Viego* o marido podia vender os bens adquiridos, sem que a mulher pudesse exigir a revogação da venda, mas a parte de direito que a mulher tinha sobre os *ganancias* estava, em regra, sujeita às mesmas responsabilidades e isenções da restante fortuna feminina.

A própria natureza jurídica da comunhão de adquiridos, aliada à estrutura da sociedade conjugal e ao meio social da altura, poderia justificar que as dívidas contraídas pelo marido, sem outorga da mulher, se comunicassem (mesmo autor e obra, p. 102).

(*conquêts*). Assim, a massa comum respondia pelas dívidas mobiliárias de qualquer dos cônjuges, mesmo anteriores ao matrimónio. Se o marido contraísse uma dívida, sem consentimento da mulher, os credores só teriam o direito de se fazer pagar pelos bens móveis e pelos rendimentos dos imóveis. Por outro lado, o marido obrigava a comunhão pelos seus delitos; todavia, em caso de confisco, a comunhão perdia todos os móveis, mas o confisco só recaía sobre metade dos imóveis adquiridos. Quanto às dívidas da mulher, só afectavam, em regra, a comunhão quando contraídas com autorização do marido¹²². Regras semelhantes valiam na Alemanha, onde o marido tinha poderes sobre a *Gesamtgut* (comunhão/bens comuns), mas para a alienação de imóveis precisava de recorrer à *gesamte Hand* (propriedade em mão comum), ou seja, do concurso conjugal¹²³.

De referir que, no caso do marido ter de pagar dívidas, contraídas sem anuência nem proveito da mulher, o *Fuero Viego* permitia que, mediante separação absoluta dos bens, como garantia da mulher contra a má administração do marido, a mulher ficasse com os bens adquiridos¹²⁴.

Por outro lado, surge a comunhão geral de bens¹²⁵. Enquanto que em Leão, Castela e parte de Portugal se desenvolvia o casamento por arras, numa outra parte do nosso país começava a ganhar relevo um outro regime, isto é, a comunhão geral ou universal de bens (sobretudo como regime convencional face ao regime regra do casamento por arras). Tanto assim é que o título XII, do livro IV, das Ordenações Afonsinas¹²⁶, foca a

¹²² A partir de certa altura começa a permitir-se à mulher que disponha da sua parte nos bens móveis, ainda que estes continuem a pertencer ao marido, o que traria como consequência que a mulher também fosse responsável pelas dívidas geradas por esses bens. Surge então, para acautelar os interesses da mulher face aos actos do marido que comprometessem excessivamente os bens comuns, a renúncia à comunhão. V., Yolanda Bustos Moreno, *ob. cit.*, pp. 35 e 36.

¹²³ Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, *cit.*, vol. II, p. 90, nota 1.

¹²⁴ Como refere Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, *cit.*, vol. II, pp. 96 e 97, e Artur A. de Castro/Mário M. Reymão Nogueira, *ob. cit.*, p. 65, é este o único exemplo de separação absoluta de bens que se encontra da altura.

Repare-se que idêntico princípio aparece traduzido no art. 1767.º do Cód. Civil.

¹²⁵ Como referimos, a “união de bens e “comunhão de administração” encontravam-se em condições favoráveis para conduzir a uma comunhão universal. Porém, durante muito tempo, e sobretudo para protecção da propriedade avoenga, apenas se desenvolveram até à comunhão de adquiridos. Todavia, ao lado da comunhão de *ganancias* outros costumes foram aparecendo e desenvolvendo com uma aspiração mais vasta. V., Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, *cit.*, vol. II, pp. 111 e 112. Pires de Lima/Braga da Cruz, *ob. cit.*, p. 56, nota 1, indicam que as origens da comunhão geral parecem encontrar-se nos povos bárbaros e germânicos que o trouxeram para a Península.

¹²⁶ V. também, o título VII, do livro IV, das Ordenações Manuelinas, e o título XLVI, do livro IV, das Ordenações Filipinas.

Como refere Dias Ferreira, *Código Civil Português Anotado*, vol. II, 2.ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade, 1895, p. 330, a comunhão de bens representa “o *costume* dos povos do norte, por elles introduzido, segundo presume Lobão, na Lusitania quando nos tempos primitivos a dominaram, que passou a ser confirmado por lei desde as Ordenações Affonsinas até às Ordenações Philippinas”.

antiguidade do regime de comunhão (a “carta de meetade”), contraposto ao casamento por arras, frisando que havia lugares onde, para que a comunhão vigorasse, se exigia a “carta de metade” enquanto noutros a comunhão presumia-se. À mesma conclusão se chega pela variedade de expressões usadas na altura, ou seja, nuns casos falava-se na “carta de ametade” (isto é, valendo por convenção expressa) e noutros em “costume do Reino” (vigorando supletivamente). Só nas Ordenações Manuelinas (título VII, do livro IV) se pôs termo a esta diversidade, determinando-se a aplicação da comunhão universal se os esposos nada convencionassem. E assim passou para as Ordenações Filipinas (título XLVI, do livro IV). Aliás, e como refere Coelho da Rocha, a comunhão foi também adoptada em França pelo Cód. Civil, isto é, os nubentes podiam, por convenção, escolher o regime que entendessem (regulando o Cód. Civil o da comunhão e o do dote) e se nada convencionassem vigorava supletivamente a comunhão que, por isso, se chamava legal¹²⁷. Porém, a nossa comunhão legal era diferente da francesa. Nesta só se comunicavam por força da lei os móveis levados para o casamento e os bens adquiridos depois (móveis ou imóveis), não se comunicando, portanto, os imóveis adquiridos antes do casamento, isto é, a comunhão universal só se daria se convencionada. Semelhante ao nosso sistema, na altura, e de acordo com o mesmo autor, vigorava no Cód. Civil da Holanda.

Ao contrário do que acontecia com a comunhão de adquiridos, que se ligava ao casamento por arras, a comunhão universal compreendia quer os bens com que cada um dos cônjuges entrava para o casal, quer os que ulteriormente adquiriam, fosse a título oneroso ou gratuito, fossem bens móveis ou imóveis (havendo, contudo, exclusão de alguns bens, cuja indicação transitou para as Ordenações – cfr., p. ex., o § 1.º do título XII, do livro IV, das Ordenações Afonsinas, o § 2.º do título VII, do livro IV, das Ordenações Manuelinas, e o § 1.º do título XCV, do livro IV, das Ordenações Filipinas – e que, excluídos da comunhão, sofriam restrições quanto à sua disposição).

Durante o casamento, os direitos dos cônjuges sobre os bens, sobre os bens que podiam permanecer próprios e sobre os adquiridos, eram semelhantes aos que eles

¹²⁷ Coelho da Rocha, *Instituições de Direito Civil Portuguez*, 8.ª ed., tomo I, Lisboa, Livraria Clássica Editora, 1917, pp. 262 e 263.

Sobre as razões que propiciaram o aparecimento da comunhão universal de bens v., entre outros, Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, cit., vol. II, pp. 110 e segs., chamando, sobretudo, a atenção para o seu surgimento em meios conjugais humildes, onde as fortunas, além de reduzido montante, se equilibravam e onde, dada a colaboração efectiva da mulher, se assistia à sua participação. Meios onde a protecção da propriedade avoenga, que impedia a constituição da comunhão universal, não tinha razão de ser. Como refere o mesmo autor, p. 114, nota 1, em França, a *communauté* começou também a ser usada pela classe vilã e só mais tarde se generalizou às classes nobres.

tinham no casamento por arras. Assim, o marido administrava a comunhão, podendo dispor livremente dos bens móveis. Carecia, porém, do consentimento da mulher para a disposição de bens imóveis, bem como para poder estar em juízo sobre questões a eles relativas. A mulher não podia, por seu lado, contratar sem consentimento do marido, nem ser demandada na ausência deste ou sem a sua permissão.

Quanto à partilha, o que referimos a propósito da comunhão de adquiridos tem aplicação à comunhão geral¹²⁸. Assim, por morte de um dos cônjuges procedia-se à partilha dos bens comuns, em partes iguais, entre o cônjuge sobrevivente e os herdeiros do predefunto. O cônjuge sobrevivente, fosse o marido ou a mulher, deveria, segundo um antigo costume, ficar com a posse e administração dos bens do casal devendo os herdeiros e legatários receber dele a respectiva parte. Se a comunhão cessasse em vida dos cônjuges, embora nada se possa afirmar com segurança, a hipótese mais provável seria a da imediata separação de bens, mesmo no caso da simples separação de habitação.

No que respeita ao passivo da comunhão, não dispomos de elementos para determinar o seu regime nesta altura. Não sabemos se se comunicavam ou não as dívidas contraídas antes do casamento. Sobre o regime da responsabilidade por dívidas quanto à comunhão geral só encontramos alguma informação nas Ordenações Manuelinas¹²⁹.

C) O regime da responsabilidade por dívidas nas Ordenações

Como referimos, em Portugal foi-se generalizando o sistema da comunhão geral de bens. Este regime era muitas vezes convencionado e daí a expressão “por carta de metade”. Outras vezes, considerava-se que tal regime resultava de os cônjuges terem vivido em economia comum durante um ano e um dia (e daí a expressão “casamento segundo o costume do Reino”)¹³⁰. Do título XII, do livro IV, das Ordenações Afonsinas, pode concluir-se que, na altura, o costume da comunhão não era geral, havendo zonas onde subsistia a tradição romana e se praticava o regime dotal ou o de separação de bens. Foram as Ordenações Manuelinas que converteram o costume da comunhão em

¹²⁸ Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, cit., vol. II, pp. 123-125.

¹²⁹ Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, cit., vol. II, p. 120. Dada essa ausência de informação, e também porque as Ordenações Afonsinas constituíram uma compilação, actualizada e sistematizada, das várias fontes de direito que tinham aplicação em Portugal (Espinosa Gomes da Silva, *ob. cit.*, p. 248), desprezamos o estudo do período consuetudinário e foraleiro.

¹³⁰ Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, cit., vol. VI, Coimbra, Coimbra Editora, 1932, p. 285.

norma supletiva (título VII, do livro IV). No entanto, as mesmas não deixavam de fazer referência a um regime convencional, o casamento “por dote e arras” (título VI, do livro IV).

A “carta de metade” estabelecia a divisão dos bens que cada um dos cônjuges tinha antes de contrair casamento, sendo os bens adquiridos durante o casamento pertença de ambos. Quanto às arras que o marido prometia à mulher antes do casamento, as Ordenações Manuelinas (§ 4.º do título IX, do livro IV) obrigavam a que fossem feitas em quantia certa para evitar os abusos que então se verificavam, impondo-se, portanto, restrições quantitativas ao dote¹³¹.

Quanto aos poderes dos cônjuges sobre os bens, nada de novo há a acrescentar ao regime já anteriormente exposto. Com efeito, o marido, como administrador e chefe de família, dispunha livremente dos bens móveis, mas não podia “vender, nem alhear bens alguns de raiz sem procuração, ou expresso consentimento de sua mulher, nem bens, em que cada hum delles tenha o uso e fructo somente, quer sejam casados por carta de metade, segundo costume do Reino, quer por dote e arras”¹³². Portanto, o marido não podia vender ou alienar bens imóveis ou bens de que o casal tivesse o usufruto sem o consentimento da mulher. Este consentimento tinha de ser expresso, não bastando que fosse tácito, por receio de que a influência do marido fizesse com que muitas vezes a mulher não se pronunciasse, o que não significava que consentisse na disposição¹³³. Não havendo o referido consentimento, a disposição não produzia qualquer efeito, podendo a mulher revogar judicialmente a venda¹³⁴.

Com efeito, ainda que o marido fosse administrador dos bens e tivesse poderes de disposição, os nossos costumes sempre tiveram em atenção os bens de raiz, ou seja, o marido para poder alienar os bens de raiz comuns, ou os seus próprios ou os próprios da mulher, carecia do consentimento desta¹³⁵. É evidente que, também na altura, o marido

¹³¹ V., M.^a Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, cit., p. 77.

¹³² Título VI, do livro IV, das Ordenações Manuelinas, e título XLVIII, do livro IV, das Ordenações Filipinas.

¹³³ Apenas por receio “de alguns scandalos e perigos, que lhes poderiam advir”.

¹³⁴ Carecendo, para isso, do consentimento do marido ou, na sua falta, do respectivo suprimento (§ 2.º do título VI, do livro IV, das Ordenações Manuelinas, e § 2.º do título XLVIII, do livro IV, das Ordenações Filipinas).

¹³⁵ Como refere Coelho da Rocha, *ob. cit.*, p. 137, os legisladores antigos consideravam a propriedade territorial de cada família como “um elemento sagrado e inalienável da sua conservação, do que era um manifesto vestígio a lei da avoenga”. Por isso, e apesar dos economistas considerarem as transacções como um meio de prosperidade nacional, nem por isso deixava de se encontrar nos códigos privilégios especiais a este património da família. Foi também atendendo às expectativas de cada uma das famílias em relação aos patrimónios dos cônjuges que se estabeleceram normas destinadas a preservar o património das mulheres contra os abusos dos maridos. P. ex., nas Ordenações Manuelinas previa-se que o marido ficasse preso até repor os bens móveis alienados em

poderia escapar a esta limitação contraindo dívidas, pelas quais os credores poderiam executar os bens de raíz, e ao que a mulher não podia, muitas vezes, opor-se.

Era este o regime vigente em todas as Ordenações (com pequenas alterações de umas para as outras: título XI, do livro IV, e título XLV, do livro III, das Ordenações Afonsinas; título VI, do livro IV, e título XXXII, do livro III, das Ordenações Manuelinas; e título XLVIII, do livro IV, e título XLVII, do livro III, das Ordenações Filipinas).

A matéria da responsabilidade por dívidas, salvo algumas notas, não apresentava um regime específico na legislação das Ordenações, dado o estado de relativa inferioridade da mulher casada¹³⁶. Em consequência, só o marido tinha capacidade para se obrigar e contrair dívidas, responsabilizando, no casamento “*por carta de ametade*” (comunhão universal), todos os bens do casal.

Tal como refere Paulo Merêa, são muito escassos os elementos relativos ao passivo da comunhão na altura das Ordenações Afonsinas¹³⁷. Nada se pode avançar, nomeadamente, sobre se se comunicavam as dívidas contraídas antes do casamento. No antigo direito francês, bem como nas regiões alemãs onde se praticava a comunhão, eram comunicáveis as dívidas dos cônjuges, anteriores ou posteriores à celebração do casamento (“*Qui épouse le corps, épouse les dettes*”). Só nas Ordenações Manuelinas (§ 5.º do título VII, do livro IV), em moldes que depois transitaram para as Ordenações Filipinas (§ 4.º do título XCV, do livro IV), se determinou que o cônjuge não devedor não era responsável pelo pagamento das dívidas contraídas antes do casamento. Não se sabe, porém, se o legislador, com esta disposição, veio introduzir direito em contrário do costume estabelecido ou se apenas esclareceu um ponto duvidoso, consagrando uma corrente conforme a prática tradicional¹³⁸.

Por outro lado, ainda que se entendesse que as dívidas contraídas pelo marido sem outorga da mulher eram comunicáveis¹³⁹, nada se encontra sobre isso. Nesse sentido, dispôs, como já referimos, uma lei de Afonso III para o caso da fiança, determinando

prejuízo da sua mulher e proibia-se as mulheres de serem fiadoras ou de se obrigarem por outra pessoa (título LXXI, do livro III, e título XII, do livro IV). V., M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, cit., p. 78, e nota 78.

¹³⁶ Todas estas matérias eram abordadas de modo disperso e até de difícil harmonização entre si, confundindo-se, muitas vezes, as épocas e as influências sobre cada regime ou instituto jurídico. V., neste sentido, Coelho da Rocha, *ob. cit.*, p. 263.

¹³⁷ Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, cit., vol. II, p. 120.

¹³⁸ Não havia qualquer referência sobre esta matéria nas Ordenações Afonsinas.

¹³⁹ Tal como refere Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, cit., vol. II, p. 121, e nota 1, sempre foi esse o entendimento da nossa jurisprudência até ao Cód. Civil.

que de nada valia à mulher do fiador a alegação de que não outorgara a fiança, nada mais fazendo que consagrar um uso antigo¹⁴⁰.

Em matéria de delitos, o foral de Sabadelhe determinava que no caso do marido praticar um ilícito criminal, e fugir, o concelho deveria confiscar a sua meação, deixando intacta a meação da mulher. Se ele voltasse, ser-lhe-ia restituída a sua meação, mas deveria pagar ao concelho a respectiva coima. Ainda que não se determinasse de onde deveria sair esse valor, entendia-se que apenas sairia da sua meação¹⁴¹.

As Ordenações Manuelinas (título XIII, do livro IV) e as Filipinas (título LX, do livro IV) dispunham, por seu lado, que se o marido fosse fiador sem consentimento da mulher, não obrigava a metade dos bens que pertenciam à mulher, no caso de casamento no regime de comunhão geral; e, no caso de casamento “por dote e arras”, não obrigava os bens que por convenção dotal pertenciam à mulher. Segundo o entendimento da altura, a fiança do marido valia quanto aos seus bens, seja com ou sem outorga da mulher, já que mesmo na fiança prestada com consentimento, a mulher podia sempre recorrer ao benefício Veliciano¹⁴².

Como norma reguladora da responsabilidade por dívidas, dispunha o § 4.º do título XCV, do livro IV, das Ordenações Filipinas (que correspondia ao § 5.º do título VII, do livro IV, das Ordenações Manuelinas): “(...) posto que os bens sejam comunicados entre o marido e mulher, tanto que casam simplesmente ou por carta de metade, se ao tempo que casaram cada um tinha dívidas que devesse aos credores, não será obrigado o outro às ditas dívidas em tempo algum, nem se fará execução nos bens que trouxer, em parte, nem em todo, enquanto o matrimónio entre eles durar: somente se poderá pôr execução,

¹⁴⁰ Norma semelhante encontrava-se prevista no título XVI, do livro IV, das Ordenações Afonsinas.

¹⁴¹ V., Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, cit., vol. II, p. 122, referindo, em sentido contrário, a legislação geral do tempo de Afonso III. Quanto aos delitos da mulher, nada se pode concluir, por regra, quanto a saber se por eles apenas respondia a sua meação. O mesmo autor, p. 123, indica como única fonte sobre esta matéria o foral de Sabadelhe. Aí se determinava que se a mulher fugisse com outro, o marido devia ficar com a sua meação intacta, enquanto a da mulher seria repartida igualmente pelo marido e pelo senhor da terra.

¹⁴² Consagrado no título XVIII, do livro IV, das Ordenações Afonsinas, no título XII, do livro IV, das Ordenações Manuelinas, e no título LXI, do livro IV, das Ordenações Filipinas, e estabelecido dada a “fraqueza do entender das mulheres”. Estabelecia o referido benefício que, em princípio, a mulher (solteira, casada ou viúva – ainda que alguns autores entendessem que não se aplicava à mulher casada, dado para esta não se falar em “fraqueza do entender” por estar representada pelo seu marido) não podia prestar fiança ou responsabilizar-se por dívida de outrem. Mas se o fizesse, poderia afastar a sua responsabilidade invocando o referido privilégio. Apenas eram exceptuados alguns casos em que ficava excluída a possibilidade de invocar o benefício previstos nos títulos citados das Ordenações respectivas. Em todo o caso, sendo menores de 25 anos podiam sempre requerer a restituição do valor, nos termos em que a lei lhes permitia.

Repare-se que esta incapacidade de a mulher casada prestar fiança foi retomada mais tarde, com o Dec. n.º 19126, de 16 de Dezembro de 1930, ao estipular no art. 820.º do Cód. Civil de 1867 que a mulher só podia “afiançar com consentimento expresso e por escrito do marido”.

durante o matrimónio, nos bens que aquele, que assim era devedor, trouxe consigo ao tempo que casou, e na metade dos bens que depois de casados foram adquiridos”.

De acordo com o referido, era preciso, à luz das Ordenações, distinguir as dívidas anteriores e ulteriores à celebração do casamento. As dívidas anteriores não se comunicavam e, portanto, se fossem exigidas na constância do matrimónio os credores só podiam fazer-se pagar com os bens que o cônjuge devedor levou para o casamento ou a sua metade nos adquiridos. O outro cônjuge não estava obrigado por elas, nem antes nem depois da dissolução do casamento, excepto: “a) se participou, ou reconheceu a obrigação; b) se voluntariamente consentiu em pagal-as (Lobão *a Mell. L. 2*, tit. 8, § 14, nn. 13 e 14); c) pela vantagem, que indevidamente levou nas partilhas, onde estas dívidas não foram deduzidas (Moraes *de exec. L. 6*, cap. 8, n. 66)”¹⁴³.

A parte final desta disposição não era, para os comentadores da altura, compreensível. Não sendo possível conhecer o que era adquirido sem partilha entre o casal e não podendo os credores requerer essa partilha, a disposição tornava-se impraticável¹⁴⁴.

Repare-se, portanto, que a moratória aí prevista apenas existia relativamente aos bens que, ainda que comuns, o cônjuge não devedor trouxe para o casamento, ou seja, o pagamento pela “metade nos adquiridos” podia realizar-se imediatamente e não estava dependente de moratória. Como referimos, os comentadores não viam como poderia entender-se à letra esta disposição, já que as meações apenas se estabeleciam com a dissolução do matrimónio ou com a separação. Até aí há um património comum indiviso, de que se não pode tirar coisa alguma até ao momento da liquidação e partilha. O Cód. de Seabra deixou de fazer essa referência, impondo a moratória quando se trate de executar a “metade dos adquiridos” (cfr. o art. 1112.º)¹⁴⁵.

De referir ainda, e quanto à disposição das Ordenações citada, que as dívidas contraídas na constância do matrimónio eram, em princípio, comunicáveis, ou seja, as dívidas contraídas por ambos os cônjuges, as contraídas pelo marido só e as contraídas

¹⁴³ Coelho da Rocha, *ob. cit.*, p. 145.

¹⁴⁴ Coelho da Rocha, *ob. cit.*, p. 146, entendia ter sido mais simples não conceder este favor ao cônjuge não devedor, “senão no caso de ter feito contestar no acto do casamento as entradas respectivas de cada um, como se pratica na legislação franceza; ou no outro de requerer separação de bens dentro em dois annos, como ordena o *Cod. da Prússia (...)*”. De facto, entendia o autor que se deveria seguir o ensinamento do então Cód. da Prússia, P. 2, tit. 1, art. 392.º, que admitia que qualquer um dos cônjuges pudesse requerer a simples separação de bens quando o outro cônjuge, ao tempo da realização do casamento, tinha mais dívidas do que valiam os bens com que entrou, desde que a requeresse dentro de dois annos.

¹⁴⁵ V., Dias Ferreira, *ob. cit.*, p. 351, e Pinto Coelho, *Direito de Família*, lições coligidas por José Lourenço Júnior, Lisboa, 1935, p. 239.

pela mulher com mandato ou consentimento do marido. Eram também comuns as dívidas contraídas anteriormente mas “applicadas em proveito do matrimónio, como as despesas da dispensa”¹⁴⁶. Havia, contudo, dívidas ulteriores ao casamento que não se comunicavam: as contraídas com dispêndios em livramentos ou multas dos crimes (v., o § 20.º do título VI, do livro V, das Ordenações Filipinas)¹⁴⁷; as contraídas pelo marido em fianças ou contratos, de que somente podia resultar dano e nunca proveito ao casal (título LX, do livro IV, das Ordenações Filipinas); as contraídas em jogos, libertinagens e vícios; as dívidas anexas a bens incomunicáveis (como dispunha o art. 1412.º do então Cód. Civil francês).

Assim, as dívidas anteriores ao casamento e algumas dívidas contraídas depois do mesmo eram incomunicáveis, respondendo por elas os bens que o cônjuge devedor levou para o casamento ou a sua metade nos adquiridos depois do casamento (com as dificuldades de interpretação referidas). O outro cônjuge não estava obrigado por elas, nem antes nem depois da dissolução do casamento, excepto se participou ou reconheceu a dívida, se consentiu no seu pagamento ou se houve proveito comum. Quanto às dívidas posteriores, a lei não referia que bens respondiam, sendo de entender que respondiam todos os bens do casal, no casamento por carta de metade, salvo os bens objecto de convenção dotal. De facto, os bens dotais eram impenhoráveis e indisponíveis enquanto sujeitos ao ónus dotal; sendo assim, também não responderiam pelas dívidas. Portanto, o marido podia contrair livremente dívidas ao longo do casamento, mesmo sem consentimento da mulher, obrigando todos os bens do casal¹⁴⁸.

Repare-se, portanto, que era o marido, dotado do seu poder marital, que administrava e dispunha (com as limitações referidas quanto aos imóveis) dos bens do casal. Em consequência, era também ele que, ao longo do casamento, contraía dívidas, já que a mulher só as poderia contrair com mandato ou consentimento do marido. Portanto, a legislação anterior ao Cód. de Seabra não regulava a matéria da responsabilidade por dívidas de forma abrangente, deixando à margem vários problemas

¹⁴⁶ Coelho da Rocha, *ibidem*.

¹⁴⁷ “E sendo casado o que o dito crime cometer, se fôr per carta de ametade segundo costume do Reino, haverá a mulher toda a sua metade em salvo (...)”.

Já nesta altura se entendia que as dívidas provenientes de crimes eram incomunicáveis, respondendo por elas apenas os bens próprios do réu (salvo se houvesse comparticipação no delito – “(...) sem embargo da maldade cometida pelo marido, salvo se ela houvesse participado no dito crime (...)”). Por sua vez, o Cód. Penal de 1852, no seu art. 109.º, dispunha que os bens da meação da mulher, e quaisquer outros que, a qualquer título lhe pertençam, não estavam obrigados à restituição e à reparação do dano resultante do crime do marido. V., Coelho da Rocha, *ob. cit.*, p. 147.

¹⁴⁸ Dias Ferreira, *ob. cit.*, p. 352.

(p. ex., se a mulher exercesse o comércio com consentimento do marido as dívidas eram comuns? Ficavam os bens comuns obrigados pela dívida contraída pelo marido em proveito próprio? E que bens respondiam pelas dívidas comuns?). A lei não referia os bens que respondiam pelas dívidas, presumindo-se que eram todos (salvo, os bens dotais, pelas razões já referidas) e cabia ao marido, como administrador, o seu pagamento¹⁴⁹.

Ora, a referida regulamentação até se compreende pois a lei apenas regularia as questões que habitualmente surgiam e que se ligavam à contracção de dívidas pelo marido.

Assim, ainda que algumas referências possam encontrar-se nas Ordenações à matéria da responsabilidade por dívidas, o que é certo é que tal regulamentação surge, de forma clarificada, no Cód. de Seabra¹⁵⁰.

1.2 Responsabilidade por dívidas dos cônjuges no Cód. Civil de 1867

Quanto ao regime da responsabilidade por dívidas, o Cód. Civil de 1867 conservou as desigualdades existentes entre marido e mulher, dado que, por regra, a mulher não podia contrair dívidas sem autorização do marido e este, qualquer que fosse o regime matrimonial, podia contraí-las por si só, sem consentimento da mulher, responsabilizando os seus bens próprios e a sua meação nos adquiridos. De facto, o marido, na sua qualidade de chefe de família, podia obrigar, sem consentimento da mulher, os seus bens próprios e a sua meação nos bens comuns; a mulher não tinha legitimidade para, por si só, contrair dívidas, porque não tinha poderes administrativos, não podendo responsabilizar sequer os seus bens próprios se não tivesse o

¹⁴⁹ Como refere a *RLJ*, ano 11.º, 1878/1879, pp. 423 e 424, a legislação anterior ao Cód. Civil de 1867, responsabilizava, em regra, todos os bens comuns pelas dívidas contraídas pelo marido, no exercício do comércio ou não, presumindo-se que seriam contraídas em proveito comum do casal. Daí se conclui que os bens comuns, além de administrados pelo marido, podiam vir a responder por todas as dívidas por ele contraídas.

¹⁵⁰ Aliás, e como se sabe, as Ordenações Afonsinas, Manuelinas ou Filipinas estavam longe de constituir um sistema completo. Havia institutos completamente omitidos e muitos outros somente aflorados a título accidental. Mesmo os diplomas avulsos eram insuficientes e até defeituosos, propiciando o recurso ao direito subsidiário estrangeiro (v., Almeida Costa, “Enquadramento histórico do Código Civil português”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XXXVII, 1961, p. 147).

Mesmo no Cód. de Seabra a matéria não tinha uma regulamentação integral. Como se refere no próprio *Projecto do Código Civil*, *cit.*, p. XLVI, foi o Cód. Civil de 1966 que veio ordenar toda a matéria da responsabilidade contratual dos cônjuges, que era uma das partes mais defeituosas do código anterior.

consentimento do marido (salvo nos casos dos arts. 1116.º, 1128.º e 1129.º, n.º 4 (no regime de separação de bens), e 1192.º, do Cód. de Seabra)¹⁵¹.

De uma forma geral, nos regimes da administração e disposição dos bens e da responsabilidade por dívidas (e, em geral, nas relações patrimoniais entre os cônjuges) salientava-se a ideia de supremacia do marido em relação à mulher. Tal supremacia resultava de a administração dos bens do casal ser atribuída ao marido, apenas pertencendo à mulher na sua falta ou impedimento (art. 1189.º do Cód. de Seabra), não podendo esta regra ser alterada em convenção antenupcial (art. 1104.º do Cód. de Seabra)¹⁵². A mulher casada era considerada totalmente incapaz em actos de natureza patrimonial visando-se, com isso, dar à sociedade conjugal, no interesse da família, unidade de direcção e de governo. De facto, a supremacia do marido raramente era justificada por uma ideia de desigualdade ou de inferioridade da mulher, mas para protecção da família, pela necessidade de uniformizar a administração da sociedade conjugal¹⁵³.

¹⁵¹ Não podemos deixar de reafirmar que apenas nos propomos analisar, na evolução histórica do Direito português as normas e as alterações efectuadas no regime da responsabilidade por dívidas dos cônjuges. Por isso, “saltamos” das Ordenações para o Cód. de Seabra. Com efeito, indo a época de influência das Ordenações até 1750 (Espinosa Gomes da Silva, *ob. cit.*, p. 239), “estranhar-se-á assim que a narração que empreendemos se adiante a 1867 (...). A justificação é simples (...). Ora, desde o período das Ordenações e durante a época por alguns designada por “época de formação do Direito português moderno” não ocorreram alterações importantes no que diz respeito à área do Direito Privado que nos ocupa” (M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, *cit.*, p. 81, e nota 83). As tentativas de elaboração de novas Ordenações e a regulamentação extravagante não se debruçaram sobre o regime da responsabilidade por dívidas dos cônjuges. Como refere a autora citada, nas vésperas de publicação do Cód. de Seabra, o nosso direito era uma combinação de disposições de diversas fontes: as Ordenações e a legislação extravagante anterior ao século XVIII e os tratados dos antigos praxistas; a legislação da segunda metade do século XVIII e a doutrina sobre ela desenvolvida; a legislação individual de inspiração individualista e preceitos importados de códigos estrangeiros a título de Direito subsidiário. P. ex., os jurisperitos recorriam frequentemente ao Cód. Civil francês de 1804 para sustentar a irrevogabilidade dos contratos antenupciais depois de celebrado o casamento, de acordo com o art. 1395.º do Cód. Civil francês que consagrou a solução do direito consuetudinário. V. também, Araújo Barros, *ob. cit.*, pp. 55 e segs., e Espinosa Gomes da Silva *ob. cit.*, pp. 383 e segs., e em especial, pp. 393 e 394.

¹⁵² Como veremos quando se falar do regime de administração dos bens do casal, havia vários bens que a lei colocava sob a administração da mulher (parte dos rendimentos dos seus bens, a título de “alfinetes”; no regime de separação absoluta podia administrar os seus bens mobiliários e uma terça parte dos seus rendimentos). V., Pires de Lima/Braga da Cruz, *ob. cit.*, pp. 200 e 201, e Pereira Coelho, *Curso...*, *cit.*, 1965, p. 246.

¹⁵³ Pires de Lima/Braga da Cruz, *ob. cit.*, pp. 2 e 3, e pp. 41-43. Se ambos pudessem mandar seria fatal a existência de discordâncias, que se evitariam dando a supremacia a um deles. Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, *cit.*, vol. VI, p. 796, refere o carácter meramente utilitário da incapacidade da mulher: a conveniência na unidade de direcção nos negócios domésticos e a impossibilidade de terem ambos os cônjuges igual força jurídica nas respectivas vontades. Não deixa, porém, de afirmar que é o marido, pela sua profissão e pelo seu sexo, que está, mais do que a mulher, habilitado para os actos da vida exterior da família, nas repartições públicas e nos negócios (p. 778). O que é certo é que, efectivamente, havia uma desigualdade de tratamento entre o marido e a mulher motivada, aparentemente, pelo princípio da unidade do regime familiar. Quanto a esta matéria do tratamento entre homens e mulheres, v., Teresa Beleza, *Mulheres, Direito, Crime, ou a Perplexidade de Cassandra*, Lisboa, Faculdade de Direito, 1990, pp. 141-227.

Esta ideia estava também subjacente ao regime do Cód. Civil francês de 1804, profundamente marcado pela proeminência do marido como chefe da família, que era, como já referimos, utilizado como direito subsidiário na altura das Ordenações. No regime legal, o marido era o detentor do poder e do património. Podia, assim, onerar livremente os bens comuns como seu dono. Este poder de obrigar os bens comuns implicava que toda a dívida do marido fosse dívida comum, respondendo por ela, além dos bens próprios do marido, os bens comuns. Esta característica era reforçada na medida em que os bens comuns se confundiam com os bens próprios do marido. Ora, a confusão dos bens implicava a confusão das dívidas. Mesmo as dívidas que a mulher podia contrair responsabilizavam o marido (por forma a assegurar o crédito). Assim, as dívidas do marido eram comuns a título definitivo. Por isso, no momento da dissolução havia que conferir garantias à mulher face a uma comunhão fortemente onerada com dívidas. Podia ela, por isso, renunciar à comunhão ou limitar a sua participação no passivo em função da proporção recebida no activo. As leis de 1938 e 1942 não alteraram significativamente este regime e mesmo a capacidade da mulher contrair dívidas não afectou a solução anterior. Ou seja, as dívidas da mulher constituíam uma obrigação pessoal do marido, salvo se decorrentes do exercício de uma profissão separada. Só a Reforma de 13 de Julho de 1965 alterou o referido regime, sendo pautado pela existência de um regime imperativo de base e pela igualdade dos cônjuges na responsabilidade por dívidas. Não obstante o marido continuar a ser o chefe da família, ele administrava os bens comuns e a mulher os bens reservados. Para a prática de alguns actos os cônjuges careciam do consentimento um do outro. Desapareceu também a possibilidade da mulher renunciar à comunhão. As dívidas do marido continuavam a ser dívidas comuns pelas quais respondiam os seus bens próprios e os bens comuns (mas não os bens reservados da mulher), o que correspondia ao princípio de que as dívidas comuns ligavam-se ao poder do cônjuge para obrigar a comunhão. As dívidas da mulher obrigavam os seus bens próprios e os reservados mas não, por regra, os bens comuns. Havia, porém, excepções à regra, nomeadamente, quando a mulher actuava com o consentimento do marido, quando exercia uma profissão autónoma, etc. Em geral, a regulamentação do regime da responsabilidade por dívidas assentava e assenta, como veremos, na correlação entre activo e passivo¹⁵⁴.

¹⁵⁴ V., Jean Paillusseau, "Le passif de la communauté légale", in AAVV, *Quelques aspects de la nouvelle situation de la femme...*, cit., pp. 6-8, e, quanto à regulamentação do regime das dívidas na Reforma de 1965, pp. 9 e segs.

O regime legal estabelecido para a responsabilidade por dívidas dos cônjuges no Cód. de Seabra pode definir-se distinguindo as dívidas comunicáveis (pelas quais respondiam os bens comuns ou de ambos os cônjuges) e as incomunicáveis (por elas só respondendo o património do cônjuge devedor, sem que pudesse ser atingido nessa responsabilidade, em princípio, o património do cônjuge não devedor).

Variando a regulamentação da responsabilidade por dívidas dos cônjuges¹⁵⁵ consoante o regime de bens vigente no casamento, começaremos pela análise do regime da comunhão geral de bens, que, sendo, na altura, o regime de bens supletivo, servia de base aos outros, se necessário fosse.

No regime da comunhão geral de bens, o princípio geral que dominava esta matéria era o de que cada um dos cônjuges respondia pelas dívidas que contraiu antes do casamento e a responsabilidade só recairia sobre os bens comuns quando ambos os cônjuges tivessem dado o seu consentimento ou a dívida tivesse sido contraída em proveito comum do casal. Importa, por isso, e antes de mais, distinguir as dívidas contraídas antes do casamento e as contraídas na sua vigência.

A noção de dívidas anteriores ao casamento era dada no art. 1111.º do Cód. Seabra¹⁵⁶. Atendia-se ao momento em que a obrigação foi contraída e não ao momento em que se tornava efectiva a obrigação de pagar¹⁵⁷. Isto significava que, tratando-se de responsabilidade extracontratual havia que atender ao momento em que foi praticado o facto ilícito e tratando-se de responsabilidade contratual devia atender-se ao momento em que se realizou o contrato¹⁵⁸.

¹⁵⁵ É certo que o passivo da comunhão não é apenas composto por dívidas, mas também por outros encargos, como alimentos devidos aos filhos ou ao cônjuge, educação dos filhos, despesas para a conservação dos bens ou outras obrigações. Todavia, além de que o nosso objectivo é o estudo do regime da responsabilidade por dívidas, a nossa legislação sempre se referiu, ao contrário de outros ordenamentos jurídicos, somente às dívidas. V., Eduardo da Silva Carvalho, *ob. cit.*, vol. I, pp. 112 e 113.

¹⁵⁶ Art. 1111.º: “Compreendem-se entre as dívidas anteriores, as que resultam de qualquer facto anterior dos consortes, ainda que a obrigação de pagar só venha a tornar-se efectiva na constância do matrimónio”.

¹⁵⁷ Posição que parece ter sido aceite na redacção do art. 1690.º, n.º 2, do Cód. Civil de 1966.

¹⁵⁸ V., Pires de Lima/Braga da Cruz, *ob. cit.*, pp. 123 e 124.

A regra da incomunicabilidade das dívidas contraídas antes do casamento tinha por fim evitar os prejuízos do património de um pela culpa do outro e a diminuição ou defraudação dos bens do cônjuge inocente (Eduardo da Silva Carvalho, *ob. cit.*, vol. I, pp. 113 e 116). De facto, um cônjuge que pensasse comunicar em justa reciprocidade nos bens do outro, ficaria logrado se tais bens estivessem onerados com dívidas, já que só a parte deles correspondente ao seu valor líquido entraria na comunhão, pertencendo o valor da outra parte aos credores. Seria, portanto, injusto que os bens de um dos cônjuges fossem consumidos por dívidas, contraídas pelo outro, e de que não auferiu qualquer lucro. Repare-se que o mesmo já ocorria no direito anterior (cfr., o § 4.º do título XCIV, do livro IV, das Ordenações Filipinas).

A regra geral em matéria de dívidas anteriores ao casamento formulava-a o art. 1110.º do Cód. Civil de 1867¹⁵⁹ - em princípio, eram incomunicáveis. Por sua vez, o art. 1112.º do mesmo código¹⁶⁰ referia os bens que respondiam por essas dívidas: os credores far-se-iam pagar primeiro pelos bens trazidos para o casal pelo cônjuge devedor (mesmo que fossem comuns) e pelos adquiridos incomunicáveis.

Sendo os bens do devedor garantia comum e tácita dos seus credores, a realização do casamento daquele e a transmissão da meação para o outro cônjuge não podiam prejudicar aquela garantia. Caso contrário, o casamento seria um acto fraudulento e ficaria sujeito à acção pauliana (art. 1033.º Cód. de Seabra). Os credores anteriores ao casamento tinham nos bens que o devedor levou para o mesmo uma espécie de privilégio e, por isso, podiam fazer-se pagar por esses bens, quer fossem próprios ou comuns. Para executar estes bens não tinham os credores de aguardar pela dissolução do casamento ou separação dos cônjuges¹⁶¹. É evidente que ficando afectos ao pagamento destas dívidas incomunicáveis os bens trazidos para o casamento pelo cônjuge devedor, o legislador determinava o pagamento de tais dívidas, da responsabilidade exclusiva do cônjuge devedor, com bens que se comunicaram com o casamento. A razão desta “*aparente incoerência*”¹⁶² encontrava-se no facto de, no momento da realização do casamento, o cônjuge devedor apresentar já um certo passivo, ou seja, esse cônjuge já havia onerado, em proveito dos seus credores, uma parte do seu activo. Supondo que o activo desse cônjuge era de 100 contos, mas que contraíra dívidas no valor de 30 contos, no momento da realização do casamento este cônjuge tinha já alienado 30 contos a favor dos seus credores e, portanto, a comunhão só poderia incidir sobre 70 contos, diferença entre o activo e o passivo¹⁶³.

¹⁵⁹ Art. 1110.º: “São igualmente incomunicáveis as dívidas dos esposos, anteriores ao matrimónio, excepto:

1.º Se o outro consorte estiver pessoalmente obrigado, ou quiser obrigar-se ao pagamento delas;

2.º Se tiverem sido aplicadas em proveito comum dos cônjuges”.

¹⁶⁰ Art. 1112.º: “Os credores pelas dívidas mencionadas nos artigos precedentes podem, todavia, fazer-se pagar, não chegando os bens trazidos para o casal pelo devedor, pela sua metade dos adquiridos, mas só depois de dissolvido o matrimónio, ou havendo separação”.

¹⁶¹ Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, cit., vol. VI, p. 399.

¹⁶² Pinto Coelho, *ob. cit.*, p. 233.

¹⁶³ O exemplo é de Pinto Coelho, *ibidem*.

Coelho da Rocha, *ob. cit.*, 146, a propósito do § 4.º do título XCV, do livro IV, das Ordenações, entendia que aí o legislador quis acautelar que os bens do outro cônjuge não fossem consumidos pelos credores do cônjuge devedor que, enganando o outro, talvez não tenha entrado para o casal senão com dívidas. Por isso, não permite aos credores executar a parte do cônjuge não devedor nos bens que trouxe para o casamento, enquanto este durar. Entendia, porém, que tal solução era injusta para os credores, dado que se proibia a execução em bens que, em virtude da comunhão, já pertenciam ao devedor. Por outro lado, abria portas à imoralidade e

Na falta desses bens, mas só depois da dissolução do casamento ou da separação, respondiam pelas dívidas incomunicáveis anteriores ao casamento os bens que constituíssem a meação do cônjuge devedor nos adquiridos comunicáveis¹⁶⁴. Este artigo, ainda que não o dissesse expressamente, referia-se apenas às dívidas incomunicáveis. A moratória aí presente (tal como a que constava do § 1.º do art. 1114.º) era estabelecida em benefício dos cônjuges, já que se impunha a afectação dos bens comuns ao sustento da sociedade conjugal. Representava, contudo, um grave prejuízo para os credores dado que, no momento da dissolução do casamento, ou da separação, poderia já não haver bens para executar¹⁶⁵.

Esta moratória para o pagamento aos credores pelos bens comuns, evitava que o cônjuge não devedor, que nenhuma responsabilidade tinha na dívida contraída antes do casamento pelo outro cônjuge, ficasse gravemente prejudicado. Foi, portanto, em benefício do outro cônjuge que a lei estabeleceu esta moratória. Por isso, compreendia-se essa demora pelo que respeitava à metade que caberia ao cônjuge devedor nos bens trazidos para o casal pelo outro cônjuge, mas já não se justificava em relação aos bens que foram, durante o casamento, adquiridos por ele, só ou conjuntamente com o outro cônjuge¹⁶⁶.

Este art. 1112.º suscitava a questão de saber a que bens quis o legislador referir-se falando em “adquiridos”. O legislador poderia estar a aludir a todos os bens adquiridos depois do casamento; à meação dos bens comunicáveis levados pelo cônjuge não devedor para o casal e que é adquirida pelo cônjuge devedor pelo casamento; aos bens adquiridos a título oneroso¹⁶⁷; aos bens comunicáveis adquiridos depois do casamento

má fé do marido, que, neste caso, ou pagava com os bens da mulher, e contra esta disposição, ou se conluía com ela para não pagar aos credores.

¹⁶⁴ Com esses adquiridos, como supervenientes, não contava o credor no momento da constituição da dívida. V., Dias Ferreira, *ob. cit.*, vol. II, p. 351.

¹⁶⁵ Mas nem por isso tal moratória deixou de existir no Cód. Civil de 1966, nem sequer na Reforma de 1977. Repare-se que já nas Ordenações Filipinas, no § 4.º do título XCV, do livro IV, figurava a ideia da moratória (v., *supra*, pp. 65 e 66).

¹⁶⁶ Pinto Coelho, *ob. cit.*, p. 237.

¹⁶⁷ Era esse o entendimento de Dias Ferreira, *ob. cit.*, p. 351, ao referir que à execução por dívidas anteriores ao casamento estavam sujeitos “além dos bens pelo cônjuge devedor trazidos para o casal e da sua meação nos adquiridos, os seus bens próprios, adquiridos na constância do matrimónio por doação, ou por disposição de última vontade, ou por qualquer outro título (...)”. No mesmo sentido, Eduardo da Silva Carvalho, *ob. cit.*, vol. I, p. 118, invocando o art. 1130.º que, no regime de comunhão de adquiridos, equiparava aos adquiridos a título gratuito os bens levados para o casal, considerando-os a todos como próprios. Ou seja, podiam ser executados imediatamente, sem moratória, os bens levados para o casal (art. 1112.º) e os adquiridos a título gratuito (equiparados àqueles pelo art. 1130.º). Responderiam depois com moratória os adquiridos a título oneroso. No mesmo sentido, Coelho da Rocha, *ob. cit.*, pp. 157 e 158.

Porém, tal como referem José Augusto do Nascimento, *Lições de Direito Civil. Relações de Família e Sucessões*, de acordo com as lições de Pires de Lima, Coimbra, Casa do Castelo, 1931, p. 271, Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, *cit.*, vol. VI,

por qualquer título... Que bens abrangia então o referido artigo ao falar em “adquiridos”?

Parecia que a melhor solução, e que era perfilhada por alguma doutrina¹⁶⁸, era a de entender que se tratava dos bens adquiridos comunicáveis, ou seja, todos os bens trazidos para o casal, por qualquer dos cônjuges, a título gratuito ou oneroso, em que o devedor podia ter e tinha a sua meação. Com efeito, falava a lei na “sua metade dos adquiridos”, dando a entender que se tratava de bens que pertencem em partes iguais a ambos os cônjuges, isto é, bens adquiridos comunicáveis. Por outro lado, o mencionado art. 1112.º estabelecia, para a execução desses bens, uma moratória forçada, que só se compreende em relação a um património de afectação especial, ou seja, em relação a bens comuns.

Portanto, entre os bens adquiridos, havia que distinguir: a) se eram comunicáveis, estavam sujeitos à segunda parte do art. 1112.º e só respondia a meação que neles tinha o cônjuge devedor depois de dissolvido o casamento ou de haver separação; b) se eram incomunicáveis, como o mesmo art. 1112.º nada dizia, não se enquadrando na segunda parte do artigo, eram abrangidos na primeira, isto é, respondiam sem moratória.

A reforma do Cód. Civil de 1930, pelo Dec. n.º 19126, acrescentou ao § 1.º do art. 1114.º do referido código um meio de protecção dos credores, estipulando que o credor, para sua garantia, podia “seguir com acção e execução até à penhora do direito e acção do marido nos bens do casal comum”¹⁶⁹, ainda que estivessem sujeitos, tal como sucedia nos casos regulados no art. 1112.º, à regra da moratória. No entendimento de Pires de Lima e Braga da Cruz, as vantagens desta alteração eram praticamente nulas¹⁷⁰.

p. 400, e Pires de Lima/Braga da Cruz, *ob. cit.*, p. 129, tal doutrina era inaceitável. A distinção entre adquiridos a título oneroso e a título gratuito era feita no art. 1130.º para o regime de comunhão de adquiridos e, logo, não relevava na comunhão geral. Compreender-se-ia que se aplicasse à comunhão de adquiridos, supletivamente, uma disposição da comunhão geral, mas não o contrário.

¹⁶⁸ Cfr., entre outros, Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, *cit.*, vol. VI, p. 400, Pinto Coelho, *ob. cit.*, pp. 235 e 236, e Pires de Lima/Braga da Cruz, *ob. cit.*, pp. 128 e 129.

¹⁶⁹ Art. 1114.º: “Às dívidas contraídas pelo marido na constância do matrimónio, sem outorga da mulher, ficam obrigados os bens próprios do marido.

§ 1.º Na falta de bens próprios do marido, as referidas dívidas serão pagas pela meação dele nos bens comuns. Neste caso, porém, o dito pagamento só poderá ser exigido depois de dissolvido o matrimónio, ou havendo separação de bens entre os cônjuges, podendo, *contudo, o credor, para sua garantia, seguir com acção e execução até à penhora do direito e acção do marido nos bens do casal comum.*

§ 2.º Mas, se as dívidas tiverem sido aplicadas em proveito comum dos cônjuges, ou contraídas na ausência ou impedimento da mulher, não permitindo o fim para que foram contraídas que se espere pelo seu regresso ou pela cessação do impedimento, ficam os bens comuns obrigados ao pagamento delas”.

¹⁷⁰ Pires de Lima/Braga da Cruz, *ob. cit.*, p. 127, nota 1.

Quando muito, os credores ficariam com um título registável, logo a seguir à partilha, e capaz de evitar possíveis extravios, pelo registo e pela imediata apreensão dos bens, na sequência da execução. Tal como acontecia antes da alteração, o credor de dívida própria do cônjuge podia ser ludibriado, não encontrando, no momento da dissolução ou da separação, bens por onde se pagasse. O credor, seguindo com acção e execução até à penhora do direito e acção do marido nos bens do casal comum, tratando-se de um imóvel, não podia registar “o direito e acção sôbre uma universalidade de direito ou sôbre um património autónomo, geral ou de afectação especial. Só pode fazer-se o registo sôbre direitos certos e determinados e, sendo a universalidade de direito uma massa indeterminada, também não pode deixar de considerar-se tal uma quota dessa universalidade. Desta forma, se a massa dos bens comuns no casamento é uma universalidade de direito, um centro patrimonial autónomo, não pode registar-se o direito à meação nessa universalidade”¹⁷¹.

Por sua vez, Alberto dos Reis entendia que a penhora do direito e acção de um cônjuge à meação do casal não só não estava sujeita a registo como não era susceptível de registo, dada a indeterminação dos bens sujeitos à penhora, ou seja, o direito à meação (tal como o direito à herança) é um exemplo de direito a bens indeterminados, não sendo, por isso, de admitir o seu registo¹⁷². Dado que a penhora não estava sujeita a registo, nem podia ser registada, entendia o autor que os efeitos em relação a terceiros deviam produzir-se independentemente dessa formalidade que não era exigível nem admissível. Porém, ao admitir-se, nos termos do art. 1114.º, § 1.º, a penhora do direito e acção de um cônjuge à meação do casal, não podia isto privar os cônjuges do direito de alienar ou obrigar livremente os bens comuns, ou evitar que esses bens respondessem, no decurso do casamento, pelas obrigações de ambos os cônjuges... Assim, a penhora só poderia “produzir efeitos em relação aos credores próprios do marido que não tenham a seu favor qualquer privilégio ou preferência anterior. Se os cônjuges alienaram os bens comuns, não pode o credor que penhorou o direito e acção do marido exercer o direito de sequela; se os cônjuges contraíram obrigações comuns, não pode o referido credor fazer valer a sua preferência resultante da penhora contra os respectivos credores de ambos os cônjuges (...). Mas, quanto aos bens comuns que subsistirem à data da dissolução do matrimónio ou da separação judicial, o credor com penhora no direito do

¹⁷¹ Eduardo Saldanha, *RLJ*, ano 71.º, 1938/39, p. 85. Refere mesmo este autor, na p. 84, que “foi muito infeliz a alteração”.

¹⁷² Alberto dos Reis, “Se a penhora dá direito de preferência. Se está sujeita a registo a penhora do direito e acção de um cônjuge à meação do casal”, *RLJ*, ano 74.º, 1941/42, pp. 209-214.

marido à meação pode opô-la, como título de preferência, aos outros credores próprios do marido que não tenham a seu favor privilégio ou preferência anterior”¹⁷³.

Por sua vez, o art. 10.º do Cód. Comercial, atendendo à natureza especial das dívidas comerciais, abriu mesmo uma excepção a esse princípio, determinando, na altura, que “o pagamento das dívidas comerciais do marido, que tiver de ser feito pela meação dele nos bens comuns, pode ser exigido antes de dissolvido o matrimónio ou de haver separação, sendo, porém, a mulher citada para, querendo, requerer separação judicial de bens no decêndio posterior à penhora”¹⁷⁴. Este artigo, que representava uma excepção ao regime regra da moratória forçada, abrangia as dívidas comerciais do marido, quer este fosse comerciante ou não, contraídas sem outorga da mulher e não aplicadas em proveito comum do casal. Se fosse comerciante, e como veremos, regeria, em princípio, o art. 15.º do Cód. Comercial que, ao estabelecer, na sua versão original, vigente na época do Cód. de Seabra, uma presunção de proveito comum, determinava a comunicabilidade das dívidas em causa, respondendo por elas os bens que suportavam as dívidas comunicáveis. Com efeito, o art. 15.º do referido código estabelecia que, para efeitos do § 2.º do art. 1114.º do Cód. de Seabra, as dívidas provenientes de actos comerciais contraídas só pelo marido comerciante, sem outorga da mulher, se presumiam contraídas em proveito comum, isto é, o credor não precisaria de provar o facto de que a dívida aproveitou ao casal, para ao seu pagamento ficarem obrigados os bens comuns como consequência da condenação do marido, muito embora tal presunção fosse ilidível mediante prova em contrário.

A propósito do art. 10.º do Cód. Comercial, Cunha Gonçalves referia que era de estranhar que a lei apenas se referisse às dívidas comerciais do marido comerciante e não às da mulher, dado esta também poder ser comerciante¹⁷⁵. Justificava tal solução

¹⁷³ Alberto dos Reis, *loc. cit.*, pp. 213 e 214, e *Processo de Execução*, vol. I, 3.ª ed. (reimpressão), Coimbra, Coimbra Editora, 1985, p. 287. V. também, Anselmo de Castro, *A acção executiva singular, comum e especial*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1973, p. 113. Pronunciando-se no mesmo sentido, de que a penhora assim efectuada não pode ser registada sobre bens indeterminados do devedor, v., Cunha Gonçalves, *Direitos de família e Direitos das Sucessões*, Lisboa, Edições Ática, 1955, p. 129.

¹⁷⁴ Por sua vez, os seus dois parágrafos dispunham: “§ 1.º Requerendo a mulher separação judicial de bens, seguirá esta por apenso ao processo da execução, conservando-se este suspenso até à partilha, efectuando-se o pagamento só depois de concluída esta, e unicamente pelos bens da meação do marido, ficando sem efeito a penhora que tiver recaído nos bens pertencentes à meação da mulher. § 2.º A importância de qualquer pagamento realizado nos termos deste artigo, quando a mulher não tiver requerido a separação, nem assumido expressamente a responsabilidade pela dívida exigida, será levada à conta da meação do marido a todo o tempo em que haja lugar a separação de meações”.

Repare-se que, ao contrário do que acontecia para efeitos do art. 1114.º, nos termos do art. 10.º do Cód. Comercial, a mulher era citada para requerer a separação no decêndio posterior à penhora.

¹⁷⁵ Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, *cit.*, vol. VI, p. 404.

pelo facto de o legislador atender ao caso mais vulgar, pois eram raras as mulheres comerciantes. Além disso, não podemos esquecer que a incapacidade da mulher para comerciar era absoluta, carecendo de autorização marital para exercer a profissão mercantil e, por conseguinte, contrair dívidas comerciais (arts. 16.º e 49.º, n.º 1, do Cód. Comercial de 1888, e arts. 1193.º a 1196.º do Cód. de Seabra). Admitia, porém, o autor citado que, quando as dívidas anteriores fossem de mulher comerciante, devidamente autorizada pelo marido para comerciar, sendo-lhes aplicável o art. 1112.º do Cód. Civil de 1867, também lhes seria aplicável o art. 10.º do Cód. Comercial e, por isso, teria de ser citado o marido para requerer a separação da sua meação nos bens adquiridos, sob pena de ele poder opor à penhora embargos de terceiro¹⁷⁶.

Ainda na vigência do Cód. de Seabra, Cunha Gonçalves, reportando-se ao problema da moratória, entendia não se justificar a diferença de tratamento entre dívidas civis e dívidas comerciais, alegando-se a protecção da família: é que o credor também pode ter família, que não deveria ficar sacrificada aos interesses da família do devedor quando não é comerciante¹⁷⁷.

O problema que se colocava era o de saber se, referindo-se o § 1.º do art. 1114.º do Cód. Civil de 1867 apenas às dívidas incomunicáveis posteriores ao casamento, se poderia aplicar o mesmo princípio às dívidas contraídas antes do casamento, no sentido de se assegurar alguma protecção ao credor.

¹⁷⁶ Quanto a esta autorização marital para o exercício do comércio, e a possibilidade de suprimento judicial do mesmo, v., p. ex., José Mendes Martins, *Dívidas commerciaes dos cônjuges*, Coimbra, França Amado Editor, 1894, pp. 38-57.

O mesmo acontecia no ordenamento jurídico espanhol, onde a mulher também carecia do consentimento do marido para o exercício do comércio. O art. 3.º do *Código de Comercio* atribuía capacidade para ser comerciante a quem a lei civil atribuísse capacidade para contratar e obrigar-se. Apesar de tudo, a lei comercial concedia uma maior capacidade de actuação à mulher que a lei civil, que a equiparava a um menor. Assim, a mulher podia exercer o comércio desde que obtivesse a devida autorização marital. O *Código de Comercio* de 1885 já não regulava a capacidade da mulher casada por remissão para o Código Civil, estipulando a sua incapacidade (a mulher solteira e a viúva eram plenamente capazes) por estar sujeita ao poder marital, permitindo o exercício do comércio por mulher casada desde que obtivesse autorização marital. V., Camino Sanciñena Asurmendi, *Régimen económico matrimonial del comerciante*, Madrid, Dykinson, 1996, pp. 13-36. Nota esta autora que a incapacidade da mulher para o exercício do comércio não visava apenas a sua protecção, mas também acautelar os interesses do marido (p. 16). Por isso, quando o marido não detinha o poder de autoridade, a mulher podia, por força da lei, exercer o comércio sem autorização marital (nos casos de divórcio, quando o marido estava sujeito a curadoria ou estava ausente, ignorando-se o seu paradeiro e sem que se esperasse o seu regresso ou ainda se estivesse interdito – art. 11.º do *Código de Comercio*) – mesma autora e obra, pp. 24-26. Havendo autorização marital, a mulher responsabilizava, no exercício do comércio, solidariamente, todos os seus bens dotais e parafernais e todos os bens e direitos da comunhão (art. 10.º do *Código de Comercio* de 1885). Aliás, o mesmo acontecia no domínio civil onde a mulher também obrigava todos os bens comuns no exercício do poder doméstico ou quando actuava com o consentimento do marido. Mas se a mulher exercia o comércio sem autorização marital, fosse por uma das situações do art. 11.º fosse por obter autorização judicial, apenas responsabilizava os seus bens próprios e os bens adquiridos com os proveitos da actividade comercial.

¹⁷⁷ Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, cit., vol. VI, p. 416.

Nada parecia impedir tal princípio¹⁷⁸. De facto, sendo a dívida de natureza civil, à execução dos bens adquiridos deveria aplicar-se, por analogia, o disposto no § 1.º do art. 1114.º, podendo a execução prosseguir até à penhora do direito e acção do cônjuge devedor à metade dos referidos bens. Quanto às dívidas comerciais, a antecipação da penhora de metade dos bens comuns encontrava-se no art. 10.º do Cód. Comercial.

A lei, nos artigos 1114.º, § 1.º, do Cód. Civil, e 10.º do Cód. Comercial apenas abordava as dívidas do marido. Porém, deveria entender-se que o mesmo regime era aplicável quando se tratasse de dívidas, civis ou comerciais, contraídas no decurso do casamento, pela mulher com outorga do marido. Sendo a dívida da responsabilidade exclusiva da mulher (p. ex., se não se demandou o marido numa dívida outorgada pela mulher ou se apenas esta aceitou uma letra), não havendo bens próprios desta, a execução ficará suspensa até à dissolução do casamento ou separação judicial dos bens, podendo a execução prosseguir até à penhora do direito e acção da mulher à metade dos referidos bens, se a dívida for civil (e o mesmo aconteceria no caso de dívida contraída antes do casamento, nos termos do art. 1112.º), ou aplicando-se o art. 10.º do Cód. Comercial, se a dívida for comercial¹⁷⁹.

Ainda que nos trabalhos preparatórios do Código Comercial, ao redigir-se o art. 10.º, só se visasse o art. 1114.º, § 1.º, do Cód. Civil de 1867, deveria a mesma disposição ser aplicável, também por analogia, ao caso dos arts. 1110.º a 1112.º, ou seja, às dívidas anteriores ao casamento, dado não haver qualquer distinção no próprio art. 10.º¹⁸⁰.

Em resumo, pelas dívidas anteriores comunicáveis, respondiam, em primeiro lugar, sem moratória, todos os bens levados pelo cônjuge devedor para o casal, quer fossem comunicáveis ou incomunicáveis, bem como todos os bens incomunicáveis adquiridos pelo cônjuge devedor depois do casamento. Respondiam depois, com moratória, a meação que o cônjuge devedor tinha nos bens comunicáveis levados pelo outro para o casal e a meação que o cônjuge devedor tinha nos bens comunicáveis adquiridos por qualquer dos cônjuges depois do casamento.

¹⁷⁸ Assim entendiam, entre outros, José Augusto do Nascimento, *ob. cit.*, pp. 270 e 272, Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, *cit.*, vol. VI, p. 402, e Pires de Lima/Braga da Cruz, *ob. cit.*, pp. 127 e 128.

¹⁷⁹ Neste sentido, v., o ac. do STJ, de 01.07.1941 (*RLJ*, ano 74.º, 1941/42, p. 218).

¹⁸⁰ A protecção que o art. 10.º do Cód. Comercial concedia às dívidas comerciais e o § 2.º do art. 1114.º do Cód. de Seabra às dívidas aplicadas em proveito comum dos cônjuges, era pelo direito das Ordenações extensiva a todas as dívidas anteriores, já que o § 4.º do título XCV, do livro IV, das Ordenações Filipinas, permitia a execução, durante o matrimónio, na metade dos bens adquiridos pelo cônjuge devedor após o casamento. V., *supra*, pp. 65 e 66, as dificuldades na aplicação do preceito legal.

Os §§ 1.º e 2.º do art. 1110.º do Cód. Civil de 1867 estabeleciam duas exceções à regra da incomunicabilidade das dívidas anteriores ao casamento¹⁸¹. Por estas dívidas anteriores comunicáveis não dizia a lei que bens respondiam. Como vimos, o art. 1112.º apenas se referia às dívidas incomunicáveis, sendo omissivo quanto àquelas. Entendia-se, porém, que se deveria aplicar, por analogia, o estipulado no § 1.º do art. 1113.º¹⁸², relativo às dívidas comunicáveis posteriores ao casamento, isto é, responderiam primeiro os bens comuns e depois os bens próprios de qualquer dos cônjuges¹⁸³.

Relevante é, neste contexto, aferir o significado da expressão “proveito comum” usada no § 2.º do art. 1110.º, bem como no § 2.º do art. 1114.º e no art. 15.º do Cód. Comercial.

Há aqui várias ideias a salientar¹⁸⁴.

Em primeiro lugar, o proveito comum deveria aferir-se, não pelo resultado, mas pela aplicação da dívida, ou seja, pelo fim visado pelo devedor que a contraiu. Se esse fim fosse o interesse do casal, a dívida considerava-se aplicada em proveito comum dos cônjuges, embora dessa aplicação pudessem ter resultado prejuízos¹⁸⁵. É o interesse comum, fim visado pela aplicação que o caracteriza.

¹⁸¹ A referência do § 1.º do art. 1110.º ao facto de o outro cônjuge já estar pessoalmente obrigado ou querer obrigar-se, depois do casamento, ao pagamento da dívida, era talvez escusado. De facto, não seria necessário dizer que o cônjuge, que não contraiu a dívida anterior ou não era obrigado por ela, teria de a pagar se o quisesse, porque isto já decorria do art. 747.º, e ainda menos seria preciso preceituar que ambos os cônjuges respondiam pela dívida, quando ambos por ela se haviam obrigado antes do casamento, pois isso era evidente e o casamento nenhuma influência tinha em contrário. V., Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, cit., vol. VI, p. 398.

¹⁸² Art. 1113.º: “As dívidas contraídas na constância do matrimónio, por acto ou contrato de ambos os cônjuges, ou pelo marido, com outorga da mulher, ou pela mulher, com autorização do marido, ou pela mulher só, nos casos em que lhe é permitido pelo art. 1116.º, são comunicáveis.

§ 1.º Se os bens comuns não forem suficientes para o pagamento das dívidas, de que trata este artigo, ficarão a ele sujeitos os bens próprios de qualquer dos cônjuges.

§ 2.º O cônjuge que for obrigado a pagar pelos seus bens próprios qualquer das referidas dívidas, ou a maior parte delas, terá regresso contra o outro, para ser indemnizado pelos bens próprios deste, se os tiver, do que pagou além da metade que lhe pertencia”.

Art. 1116.º: “A mulher não pode contrair dívidas sem autorização do marido, excepto estando ele ausente ou impedido, e se o fim, para que a dívida foi contraída, não permite que se espere pelo seu regresso, ou pela cessação do impedimento”.

¹⁸³ Cfr., entre outros, José Augusto do Nascimento, *ob. cit.*, p. 272, Pires de Lima/Braga da Cruz, *ob. cit.*, p. 131, e Pereira Coelho, *Curso...*, cit., 1965, pp. 300 e segs.

¹⁸⁴ V., Pereira Coelho, *ibidem*, e Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 451-453.

¹⁸⁵ V., ac. do STJ, de 05.01.1937 (*Gazeta da Relação de Lisboa*, ano 50.º, 1936/37, pp. 332-334); de 08.07.1941 (*Revista dos Tribunais*, ano 59.º, 1941, p. 247); de 25.10.1957 (*BMJ*, n.º 70.º, 1957, p. 427, e *Revista dos Tribunais*, ano 75.º, 1957, p. 370); de 08.01.1965 (*BMJ*, n.º 143.º, 1965, p. 245); e de 24.06.1966 (*BMJ*, n.º 158.º, 1966, p. 356, e *RLJ*, ano 100.º, 1967/68, p. 6); e da RL, de 15.01.1947 (*BMJ*, n.º 40.º, 1948, p. 242); de 22.01.1958 (*JR*, ano 4.º, 1958, p. 27); de 29.04.1960 (*JR*, ano 6.º, 1960, p. 302); e de 16.06.1967 (*JR*, ano 13.º, 1967, p. 505). V. também, Pires de Lima “Anotação ao ac. do STJ, de 30 de Maio de 1961”, *RLJ*, ano 95.º, 1962/63, p. 55, e “Anotação ao ac. do STJ, de 24 de Junho de 1966”, *RLJ*, ano 100.º, 1967/68, p. 8.

Mas o proveito comum deveria ter fundamento directo na dívida, ou seja, o benefício teria de basear-se directamente na dívida¹⁸⁶ (e não em qualquer outro acto em relação ao qual a dívida seria um simples meio para o alcançar)¹⁸⁷. Por isso mesmo se entendia que a obrigação cambiária do cônjuge, ao assinar uma letra, não poderia resultar em proveito comum do casal. Não seria pela prestação debitória que podia deduzir-se o proveito comum, mas antes pela contraprestação, pela causa de tal prestação debitória. Ora, no acto cambiário não consta essa causa, dada a natureza abstracta que o

¹⁸⁶ Como referem Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil...*, cit., p. 332, o benefício deverá resultar do próprio acto constitutivo da dívida. Assim, é essencial que a possibilidade de benefício para ambos os cônjuges advinha da contraprestação que, na compra, na venda, na locação... levada a cabo pelo cônjuge administrador, corresponde à dívida constituída no mesmo acto. Só que nem sempre o acto constitutivo da dívida esclarece sobre a sua real afectação (o cônjuge administrador pode, efectivamente, contrair a dívida para reparar uma casa, renovar uma plantação, pagar os estudos do filho, mas também para sustentar uma amante ou pagar dívidas de jogo). Por isso, nem sempre é suficiente olhar para o acto donde a dívida procede. Para aferir da afectação do acto importa considerar o seu fim imediato. Se a maior parte das vezes esse fim transparece do acto constitutivo da dívida, outras vezes há que procurar a sua finalidade no acto jurídico subsequente que determinou a realização do primeiro. V., neste sentido, o ac. do STJ, de 08.01.1965 (*loc. cit.*).

¹⁸⁷ P. ex., se um comerciante presta fiança num arrendamento, na esperança de o inquilino vir a ser seu cliente, a dívida (obrigação de pagar, caso este não pague) não foi contraída em proveito comum, visto que tal obrigação, em si mesma considerada, não tem qualquer contrapartida de que possa resultar benefício, senão na medida em que indirectamente seria o meio que predisporia o arrendatário a celebrar outros contratos, como o de aquisição de objectos do seu comércio, cujo lucro se destinava ao seu sustento e da sua família. V., Alberto dos Reis, “Anotação ao ac. da RL, de 15 de Janeiro de 1947”, *RLJ*, ano 80.º, 1947/48, p. 384, Manuel Salvador, *Estudos de Direito*, vol. I, Lisboa, Livraria Petrony, 1965, pp. 35-86, e Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 452 e 453. Esta posição foi também defendida pela *Revista dos Tribunais*, ano 91.º, 1973, p. 165, em anotação ao ac. do STJ, de 28.11.1972.

V. também, Pires de Lima, “Anotação ao ac. do STJ, de 24 de Junho de 1966”, *loc. cit.*, pp. 8 e segs., e “Anotação ao ac. do STJ, de 6 de Janeiro de 1967”, *RLJ*, ano 100.º, 1967/68, p. 247, onde refere que é indispensável que a possibilidade de benefício resulte da própria constituição da dívida e não reflexa ou remotamente. Pronunciando-se sobre um aval prestado pelo cônjuge marido à sociedade de que era sócio, entende que se não é necessário um proveito efectivo, não pode prescindir-se de um proveito, embora eventual, que resulte directamente do acto ou contrato realizado. “Ora dum simples aval num título de crédito não pode resultar para a mulher nenhum proveito, porque desse acto só podem resultar responsabilidades para quem se obrigou”.

A jurisprudência não era pacífica nesta matéria. De facto, p. ex., o ac. da RL, de 15.01.1947 (*loc. cit.*, e *RLJ*, ano 80.º, 1947/48, p. 383) considerou a mulher do avalista responsável, desde que aquele e esta vivessem dos proventos obtidos por meio da gerência da sociedade sacadora. O ac. do STJ, de 21.07.1964 (*BMJ*, n.º 139.º, 1964, p. 351), por seu lado, referia uma distinção a fazer: se o avalista não era sócio da sociedade, mas simples gerente, a mulher não era responsável porque o património comum dos cônjuges não tinha qualquer participação no património social; se, porém, o avalista era sócio, e se o casal vivia dos rendimentos da sociedade, seria de concluir que a dívida teve por fim beneficiar a sua posição social e, consequentemente, os seus rendimentos e os da sua mulher. Neste sentido, cfr. também, os ac. da RP, de 06.11.1963 (*JR*, ano 9.º, 1963, p. 1115); de 29.01.1965 (*JR*, ano 11.º, 1965, p. 91); de 11.03.1966 (*JR*, ano 12.º, 1966, p. 322); e de 15.03.1967 (*JR*, ano 13.º, 1967, p. 361); e da RC, de 15.10.1965 (*JR*, ano 11.º, 1965, p. 882); e de 08.03.1966 (*JR*, ano 12.º, 1966, p. 399).

V. também, já à luz do Cód. Civil de 1966, os ac. do STJ, de 06.02.1968 (*BMJ*, n.º 174.º, 1968, p. 185, e *RLJ*, ano 102.º, 1969/70, p. 13); de 14.04.1972 (*BMJ*, n.º 216.º, 1972, p. 155); e de 05.12.1972 (*BMJ*, n.º 222.º, 1973, p. 412); da RL, de 19.06.1970 (*JR*, ano 16.º, 1970, p. 489); de 03.03.1972 (*BMJ*, n.º 215.º, 1972, p. 280); de 07.04.1972 (*BMJ*, n.º 216.º, 1972, p. 195); e de 04.01.1974 (*BMJ*, n.º 233.º, 1974, p. 235); da RC, de 07.01.1958 (*JR*, ano 4.º, 1958, p. 224); de 24.11.1971 (*BMJ*, n.º 211.º, 1971, p. 334); e de 13.02.1974 (*BMJ*, n.º 234.º, 1974, p. 349); e da RE, de 20.11.1979 (*BMJ*, n.º 294.º, 1980, p. 414), todos negando a possibilidade de responsabilizar a mulher do cônjuge avalista da sociedade, mesmo que dela retirassem proveitos comuns ao casal, por não haver um benefício directo e imediato para o casal.

caracteriza. Assim, se A entrega a B certa quantia, como modo de extinção da obrigação assumida pela letra, não se vê qual a base em que assentar a conclusão de proveito comum do casal de A. Mas, se se esclarecer a causa dessa obrigação, a questão deslocase do plano abstracto da obrigação cambiária para o da relação jurídica subjacente, causa daquela. Ter-se-ia de alegar e provar que a dívida contraída por um dos cônjuges, referindo a contraprestação da relação jurídica subjacente, teve por fim o proveito comum. Repare-se que o proveito comum não se presumia, muito embora, mesmo à luz do Cód. de Seabra, se tivesse de ter em consideração o art. 15.º do Cód. Comercial.

Por outro lado, o proveito comum podia ser não só um interesse material ou económico mas também um interesse moral ou intelectual (p. ex., a dívida contraída por um dos cônjuges para fazerem os dois uma viagem, irem a uma festa...). A generalidade das dívidas contraídas em proveito comum do casal tem como fim imediato a satisfação de necessidades materiais dos cônjuges (p. ex., aquisição de bens comuns ou reparação de bens que, mesmo próprios, gerem rendimentos comuns) ou de encargos pecuniários por que ambos sejam responsáveis (p. ex., encargos relativos ao governo doméstico ou aos alimentos dos filhos). Mas podem também visar a satisfação de necessidades espirituais, morais ou intelectuais que respeitem a ambos os cônjuges ou correspondam a encargos da responsabilidade de ambos¹⁸⁸.

Finalmente, não bastaria, para que a dívida se considerasse aplicada em proveito comum dos cônjuges, a intenção subjectiva do agente: exigir-se-ia uma intenção objectiva de proveito comum, ou seja, seria necessário que a dívida se pudesse considerar aplicada em proveito comum do casal aos olhos de uma pessoa média, à luz das regras da experiência e das probabilidades normais¹⁸⁹.

¹⁸⁸ Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil...*, cit., p. 334.

¹⁸⁹ Determinar se uma dívida foi aplicada em proveito comum implica, simultaneamente, uma questão de facto (aférir o destino dado ao dinheiro) e uma questão de direito (decidir se, em face desse destino, a dívida foi ou não contraída em proveito comum). Por isso, deverá averiguar-se não se a dívida foi ou não contraída em proveito comum mas sim que aplicação teve a quantia proveniente da dívida. V., entre outros, Pereira Coelho, *Curso...*, 1965, cit., p. 301, nota 3, e Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 452, A. Lopes Cardoso, “Alguns aspectos das dívidas comerciais dos cônjuges”, *Revista dos Tribunais*, ano 95.º, 1977, p. 415, Alberto dos Reis, “Anotação ao ac. do STJ, de 17 de Maio de 1946”, *RLJ*, ano 79.º, 1946/47, p. 207 e 208, e *Código de Processo Civil Anotado*, vol. III, 3.ª ed. 1950, reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 209 e 210, e Anselmo de Castro, *Lições de Processo Civil*, III, 1966, p. 428 (para quem a questão se assume como mera questão de facto).

V., na jurisprudência, os ac. do STJ, de 25.10.1957 (*loc. cit.* – questão mista: de facto e de direito); da RL, de 06.11.1974 (*BMJ*, n.º 241.º, 1974, p. 338 – questão mista), de 24.06.1999 (*Col. Jurisp.*, tomo III, 1999, p. 133 – questão mista); e de 13.01.2000 (*BMJ*, n.º 493.º, 2000, p. 413 – questão mista); e da RC, de 13.02.1976 (*Col. Jurisp.*, tomo I, 1976, p. 28 – questão mista). Defendendo que se trata apenas de uma questão de direito, v., o ac. do STJ, de 14.04.1972 (*BMJ*, n.º 216.º, 1972, p. 155); e da RP, de 06.04.1956 (*JR*, ano 2.º, 1956, p. 423). Por sua vez, o ac. da RL, de 22.02.1957 (*JR*, ano 3.º, 1957, p. 136), considerou-a mera questão de facto.

Quanto às dívidas contraídas depois do casamento (cuja noção resultava, por contraposição, do art. 1111.º do Cód. de Seabra) eram, em muitos casos, comunicáveis¹⁹⁰. Com efeito, eram comunicáveis: as dívidas contraídas nos termos do art. 1113.º; as dívidas previstas no art. 1114.º¹⁹¹; as dívidas contraídas pela mulher nos termos do art. 1116.º¹⁹²; as dívidas contraídas pela mulher no exercício do governo doméstico (art. 39.º do Dec. n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910); as dívidas contraídas pela mulher com suprimento judicial da autorização do marido¹⁹³, se procedessem de obrigações comuns ou revertessem em benefício comum (art. 1199.º); as dívidas comerciais do marido comerciante que, segundo o art. 15.º do Cód. Comercial, se presumiam aplicadas em proveito comum; as dívidas previstas no § 2.º do art. 1115.º¹⁹⁴.

¹⁹⁰ Como referia Cunha Gonçalves, *Direitos de família...*, cit., p. 120, o regime da comunhão geral não era só um regime de comunhão de bens, mas também de dívidas contraídas. Era a comunhão do activo e do passivo do casal.

¹⁹¹ Eduardo da Silva Carvalho, *ob. cit.*, vol. I, p. 135 e nota 5, sustentava que só haveria comunicabilidade quando conjuntamente se verificassem as duas circunstâncias previstas no § 2.º do art. 1114.º, isto é, quando a dívida, além de contraída na ausência ou impedimento da mulher fosse também aplicada em proveito comum do casal. A existência de proveito comum podia dispensar a verificação da outra condição, mas se apenas se verificasse o primeiro pressuposto, só os bens do marido respondiam, sendo a dívida incomunicável. Esta solução, porém, não encontrava apoios quer na doutrina quer na própria lei.

¹⁹² Eduardo da Silva Carvalho, *ob. cit.*, vol. I, p. 136, refere que ao passo que, para se dar a comunicabilidade no caso do § 2.º do art. 1114.º, quanto às dívidas do marido contraídas sem outorga da mulher, bastava que elas tivessem sido contraídas em proveito comum (ou, tendo sido contraídas na ausência ou impedimento da mulher que o proveito também existisse), para haver comunicabilidade das dívidas contraídas pela mulher sem outorga do marido, era necessário coexistir, além do proveito do marido, a ausência ou impedimento deste. Enquanto que no primeiro caso podia o proveito comum bastar no segundo não era suficiente para permitir a comunicabilidade da dívida. Tal como referiremos na nota anterior, não encontrámos fundamento legal para tal conclusão.

É interessante notar que a mulher não podia dispor nem onerar os bens comuns do casal, mas podia responsabilizá-los pelas dívidas que contraísse ao abrigo do art. 1116.º.

¹⁹³ No direito francês, até à Reforma de 1985, as dívidas contraídas pela mulher com o consentimento do marido responsabilizavam os seus bens próprios, os próprios do marido e os bens comuns. Porém, se em vez desse consentimento marital existisse autorização judicial, os credores, e até à Lei de 22 de Setembro de 1942, já não podiam penhorar os bens comuns e os próprios do marido, servindo tal autorização apenas para legitimar a actuação da mulher. Apenas no caso de contracção de dívidas para tirar o marido da prisão ou para o « *établissement* » do filho (havendo ausência do marido), e sempre com autorização judicial, a dívida responsabilizava também os bens comuns, tal como se fosse contraída no exercício da sua actividade de comerciante ou como gestor de negócios (Colette Saujot, *ob. cit.*, pp. 258-260). A partir de 1942, a mulher responsabiliza também os bens comuns pela dívida contraída com autorização judicial, mas não os bens próprios do marido (Planiol/Ripert, *Traité pratique de Droit Civil français. Régimes matrimoniaux*, vol. VIII, parte I, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1925, pp. 386-390, Aubry/Rau, *ob. cit.*, pp. 335-337, e Henri Mazeaud, *et alii, Leçons de Droit Civil. Régimes matrimoniaux*, vol. I, tomo IV, 5.ª ed., Paris, Montchrestien, 1982, p. 305).

¹⁹⁴ Art. 1115.º: “Tanto em relação ao marido como em relação à mulher, o que fica disposto no artigo antecedente é também aplicável: 1.º Às dívidas provenientes de crimes ou de factos ilícitos, praticados por algum dos cônjuges; 2.º Às dívidas que onerarem bens incomunicáveis, não sendo por juros, foros, censos ou quinhões, vencidos depois da aquisição desses bens”.

Repare-se que os juros eram incomunicáveis, como o capital das dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges antes do casamento, não obstante o disposto neste art. 1115.º, § 2.º, que se referia às dívidas que oneravam bens incomunicáveis, e não aos juros de dívidas incomunicáveis (v., neste sentido, o ac. da RL, de 23.05.1891 (*O Direito*, ano 26.º, n.º 11, 1894, p. 173)). Em sentido contrário, a propósito das Ordenações, Coelho da Rocha, *ob. cit.*, p. 146, baseando-se no art. 1512.º do então Cód. Civil francês, referia que os juros de dívidas anteriores, vencidos na constância do casamento, eram dívidas do casal.

Convém referir, em particular, que as dívidas contraídas pela mulher no exercício do governo doméstico (art. 39.º do Dec. n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910), por serem em proveito comum do casal, eram comunicáveis, embora não fossem autorizadas pelo marido. A disposição do Dec. n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910, veio preencher a omissão do art. 1116.º que não se referia às dívidas aplicadas em proveito comum, ao contrário do que o § 2.º do art. 1114.º fazia em relação ao marido¹⁹⁵.

O art. 39.º referido resolveu as dúvidas que se levantavam sobre se seriam válidos os actos praticados pela mulher no governo doméstico, tornando desnecessária a ficção de um mandato tácito do marido com o qual se justificava a validade daqueles actos da mulher¹⁹⁶. O objectivo principal da construção de tal mandato, ainda que também se visasse proteger o credor, era sobretudo encontrar o meio adequado que permitisse à mulher, considerada incapaz, a contracção de dívidas relativas ao governo doméstico. A estrutura da sociedade conjugal impedia o reconhecimento de um poder próprio à mulher, já que os poderes de representação da família pertenciam exclusivamente ao marido. O afastamento da ideia da incapacidade da mulher casada permitiu-lhe a atribuição de um direito próprio relativo ao exercício do governo doméstico. A mulher podia, assim, praticar os negócios necessários ao desempenho dessa função e a respectiva contracção de dívidas as quais, dado, por regra, a mulher carecer de meios próprios, vinculavam apenas o marido.

O conteúdo efectivo desse poder só em concreto podia definir-se, atendendo à condição económica e social dos cônjuges. Em casais com recursos modestos e cuja economia se circunscrevesse ao governo da casa, a atribuição à mulher daquele poder significava que lhe era confiada praticamente a administração dos bens do casal¹⁹⁷.

A atribuição desse poder à mulher no âmbito do governo doméstico traduzia o que no ordenamento jurídico alemão se designava por *Schlüsselgewalt*, ou seja, para que a mulher pudesse governar o lar (função que lhe era atribuída) o § 1357.º do BGB conferia-lhe, independentemente do regime de bens, o poder de, no círculo da economia doméstica, administrar os bens e representar o marido¹⁹⁸. Pela atribuição de tal poder a mulher surgia como representante do marido, contraindo dívidas em seu nome e, assim, responsabilizando-o apenas a ele pelas mesmas, sendo de aplicar as regras da

¹⁹⁵ Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, cit., vol. VI, pp. 406 e 407.

¹⁹⁶ O Cód. Civil de 1966 continuou a prever a atribuição do governo doméstico à mulher no art. 1677.º.

¹⁹⁷ Pereira Coelho, *Curso...*, cit., 1965, p. 242.

¹⁹⁸ „... ein Recht zur Geschäftsführung und Vertretung des Mannes (Schlüsselgewalt)” – Beitzke, *Familienrecht*, München/Berlin, Biederstein Verlag, 1947, p. 36.

representação (mas, o marido podia retirar tal poder à mulher ou limitá-lo). Só haveria responsabilidade da mulher se expressamente ela actuasse em seu nome próprio.

De um poder de representação do marido (titular da *Schlüsselgewalt*) nos negócios incluídos no círculo da economia doméstica, passou-se, desde 1957, para um verdadeiro direito atribuído à mulher que, no âmbito da *Schlüsselgewalt*, actua em nome próprio e não em nome do marido, ainda que seja este, como representante do lar familiar, o responsável pelas dívidas contraídas nesse círculo pela mulher¹⁹⁹. A mulher apenas respondia subsidiariamente pelas referidas dívidas no caso de insolvência do marido.

A hipótese de uma responsabilidade solidária de ambos os cônjuges por estas dívidas chegou a ser proposta durante o regime nazi pelo sub-comité relativo à reforma dos regimes de bens, nomeadamente por Gustav Boehmer (em 1938) e Robert Bartsch (em 1939)²⁰⁰. É interessante notar que a atribuição de um poder para a mulher realizar esses negócios era uma excepção à sua sujeição ao poder marital. Como refere Schroeder, a mulher detinha “*das Regiment der Schlüssel*”²⁰¹.

A ideia de um mandato doméstico tacitamente atribuído à mulher era defendida também pela doutrina e jurisprudência francesas para legitimar os actos da mulher no exercício desse poder. Ou seja, numa época em que a mulher casada estava ferida de uma incapacidade e o marido, enquanto chefe da família, detinha poderes de administração e disposição dos bens só ele podia contrair as obrigações necessárias ao sustento do lar familiar. Porém, tais actos diários da vida comum eram normalmente realizados pela mulher. Por isso, entendia-se que o marido conferia tacitamente poderes à mulher, por força de um mandato, para assumir essa função. Tal concepção não deixou, porém, de sofrer críticas, chamando-se a atenção para o facto de, a ser assim, responsabilizar-se-ia, nos regimes de comunhão, apenas o marido pelas dívidas contraídas pela mulher, mandatária daquele (tal como decidiu a *Cour de Cassation*, p. ex., Cass. soc., de 10 de Abril de 1959 (*JCP* 1959.II.11160)). Sem prejuízo, porém, e como era entendido pela jurisprudência, do recurso a uma acção de enriquecimento sem

¹⁹⁹ V., Dölle, *ob. cit.*, pp. 694-698 e pp. 703 e segs. O objectivo da norma era essencialmente o da protecção do credor (Staudinger, *BGB - Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Familienrecht*, vol. 4, §§ 1304.º-1363.º, 13.ª ed., Berlin, Sellier de Gruyter, 2000, § 1357 Rdn. 8, p. 556).

²⁰⁰ V., AAVV, *Akademie für Deutsches Recht 1933-1945. Protokolle der Ausschüsse. Familienrechtsausschuß. Unterausschuß für eheliches Güterrecht*, sob a direcção de Werner Schubert, vol. III, 2, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1989, pp. 836, 844 e 875.

²⁰¹ Schroeder, *Geschichte des ehelichen Güterrechts in Deutschland*, I, Stettin. Danzig. Elbing, Léon Saunier's Buchhandlung, 1863, p. 127.

causa contra a mulher²⁰². De facto, por aplicação das regras gerais do mandato, a mulher, actuando como mandatária do marido, não respondia pela dívida, tudo se passando como se fosse o marido que a contraísse. Ora, no regime de separação a jurisprudência não hesitava em considerar a mulher solidariamente responsável com o marido por tais dívidas (p. ex., Cass. Req., de 31 de Outubro de 1934 (*DP* 1935.I.73))²⁰³, ficando os credores melhor protegidos neste regime do que no de comunhão.

Em 1942, o legislador francês estipulou no então art. 220.º do Cód. Civil que a mulher casada (capaz desde 1938) tinha, em todos os regimes de bens, o poder de representar o marido para as necessidades domésticas (*besoins du ménage*) e de dispor para esse fim os valores e fundos que o marido lhe entregasse. Os actos dessa forma praticados obrigavam o marido face a terceiros, e não solidariamente os cônjuges, desde que este não retirasse à mulher o poder de praticar tais actos e que os terceiros não tenham tido conhecimento dessa retractação no momento em que contrataram com a mulher. Não se reconheceu, porém, à mulher um poder próprio (ao contrário do estipulado no referido art. 39.º do Dec. n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910), mas apenas um poder legal de representação²⁰⁴. A teoria anterior do mandato tácito transformou-se nesta representação legal. O marido estava sempre pessoalmente obrigado pelas dívidas assim contraídas pela mulher. Salvo se os credores exigissem a sua vinculação pessoal, a mulher não respondia por tais dívidas²⁰⁵. Até 1965, para evitar essa diferença de

²⁰² V., Planiol/Ripert, *Traité élémentaire de Droit Civil*, tomo III, 10.ª ed., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1927, p. 149.

²⁰³ V. também, Savatier, "L'action des créanciers pour dettes de ménage contre les époux séparés de biens", *Recueil Dalloz*, n.º 11, II, 1935, pp. 25-28. Contra, Colin/Capitant/Julliot de la Morandière, *Précis de Droit Civil*, tomo III, 8.ª ed., Paris, Dalloz, 1950, p. 184.

Sobre a aplicação da teoria do mandato tácito, com todas as suas consequências, também ao regime de separação de bens, de acordo com alguns autores e alguma jurisprudência à luz da versão originária do Cód. Civil francês, v., Farafina L. Boussougou-Bou-Mbine, *La pénétration des idées communautaires dans les régimes séparatistes*, Paris, LGDJ, 1999, pp. 96-98. Progressivamente, a jurisprudência acabou por reconhecer, antes de qualquer alteração legislativa, a responsabilidade solidária de ambos os cônjuges pelas dívidas em causa no regime de separação de bens, sem sujeição, assim, à teoria do mandato (Jacques Boutard, *Les pouvoirs ménagers de la femme mariée*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1947, pp. 282-306, e Farafina L. Boussougou-Bou-Mbine, *ob. cit.*, pp. 98-105).

²⁰⁴ Mas já em 1947, Jacques Boutard, *ob. cit.*, p. 269, pp. 271 e 272, e pp. 320 e 321, entendia que, apesar de a lei e a jurisprudência assentarem o poder da mulher de contrair as dívidas domésticas no princípio do mandato do marido, a teoria de um poder próprio da mulher conferindo-lhe tal legitimidade respondia melhor às exigências da situação.

²⁰⁵ Beudant, *Cours de Droit Civil français. Le contrat de mariage et les régimes matrimoniaux*, tomo X, 2.ª ed., Paris, Rousseau et C.ª Éditeurs, 1937, pp. 320-323, e Colin/Capitant/Julliot de la Morandière, *ob. cit.*, p. 83.

tratamento, alguma jurisprudência admitia uma solidariedade entre os cônjuges, com base na existência de uma sociedade²⁰⁶.

Em 1965 o legislador rompe com esta linha de pensamento e o art. 220.º do Cód. Civil francês atribuiu, por um lado, ao marido e à mulher, em situação de plena igualdade, o poder de realizarem os negócios relativos à vida familiar quotidiana e, por outro lado, responsabilizou solidariamente os cônjuges por tais dívidas, abrindo aos credores o acesso a todos os bens. A lei conferiu um poder próprio a cada um dos cônjuges e não um poder de representação mútua²⁰⁷. Ainda que o marido, como chefe da família, continuasse a contrair dívidas pelas quais respondiam sempre, além dos seus bens próprios, os bens comuns (nos regimes de comunhão), uma das hipóteses em que as dívidas da mulher responsabilizavam os bens comuns (casos excepcionais) era a das dívidas *ménagères*. E tais dívidas, de acordo com o art. 1409.º do Cód. Civil francês, eram um encargo definitivo da comunhão²⁰⁸.

A referência à existência de um mandato tácito do marido para responsabilizar o património deste pelas dívidas contraídas pela mulher para a satisfação das necessidades familiares era também seguida por alguma jurisprudência e doutrina italianas²⁰⁹.

É interessante notar que a jurisprudência e doutrina italianas entendiam que as dívidas contraídas pela mulher para o sustento doméstico ou dos filhos (apesar de caber ao marido, nas relações internas, prover ao sustento da família – o então vigente art.

²⁰⁶ V., Carbonnier, *Droit civil. La famille, les incapacités*, vol. 2, 9.ª ed., Paris, Thémis, 1972, p. 84.

²⁰⁷ Cornu, “La réforme des régimes matrimoniaux. Généralités. Le régime primaire impératif”, *JCP* 1966.I.1968, n.º 10, a).

²⁰⁸ A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., pp. 44 e 45. V. também, Baudry-Lacantinerie/J. Le Courtois/F. Surville, *Traité théorique et pratique de Droit Civil. Du contrat de mariage ou des régimes matrimoniaux*, vol. XVI, tomo I, 3.ª ed., Paris, Librairie de la Société du Recueil J.-B. Sirey et du Journal du Palais, 1906, pp. 439-447 e pp. 525-529, A. Ponsard, “L’étendue de la solidarité ménagère des époux”, in AAVV, *Indépendance financière et communauté de vie*, Actes des journées d’études des 15 et 16 décembre 1988, Paris, LGDJ, 1989, pp. 22 e 23, Henri Mazeaud, et alii, *Leçons de Droit Civil. Régimes matrimoniaux*, cit., pp. 36 e 37, e *Leçons de Droit Civil. La famille*, cit., p. 515, e Terré/Fenouillet, *Droit Civil. Les personnes, la famille, les incapacités*, 7.ª ed., Paris, Dalloz, 2005, pp. 394 e 395. V., sobre esta evolução na natureza jurídica do poder doméstico da mulher (do mandato tácito ao poder próprio), Lacruz Berdejo, *La potestad doméstica de la mujer casada*, Barcelona, Ediciones Nauta, 1963, pp. 23-34. É interessante também notar a evolução na jurisprudência no sentido de responsabilizar também a mulher pelas dívidas contraídas no âmbito do poder doméstico para benefício da família (Lacruz Berdejo, *ob. cit.*, p. 122, nota 152).

²⁰⁹ V., De Paola/A. Macri, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Milano, Giuffrè Editore, 1978, pp. 22 e 23. Como refere Salvatore Patti, “Cento anni del Codice Civile tedesco: il Diritto di Famiglia”, in AAVV, *Studi in onore di Pietro Rescigno. Diritto Privato*, vol. II, tomo 1, Milano, Giuffrè Editore, 1998, p. 687, e in AAVV, *I cento anni del codice civile tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana. Atti del convegno di Ferrara 26-28 Settembre 1996*, Padova, Cedam, 2002, p. 593, a doutrina italiana baseou-se na *Schlüsselgewalt* alemã para aí encontrar o fundamento da responsabilidade do marido pelas dívidas contraídas pela mulher no interesse da família. Na falta de base legal acolheram a teoria do mandato tácito, seguida na doutrina francesa, para alcançar o mesmo fim. E, mais recentemente, a doutrina e jurisprudência tentavam atribuir à mulher o poder doméstico como um poder próprio e não derivado (Santoro-Passarelli, “Poteri e responsabilità patrimoniali dei coniugi per i bisogni della famiglia”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XXXVI, 1982, pp. 2 e 3).

145.º do Cód. civil italiano - a mulher tinha capacidade para negociar e contrair dívidas e, desde 1919, sem necessidade do consentimento do marido) não responsabilizavam, em princípio, o marido. Essa responsabilização poderia, porém, decorrer da existência de um mandato tácito conferido pelo marido à mulher. Em todo o caso, entendia-se que, sempre que a mulher tivesse possibilidades económicas era solidariamente responsável com o marido pelas dívidas que contraísse²¹⁰.

Também no ordenamento jurídico espanhol, e até à Reforma de 1975, pela Lei de 2 de Maio, a mulher casada não podia negociar sem autorização do marido, salvo no que se referia ao poder doméstico. Como escreve Lacruz Berdejo, foram primeiro os direitos germânicos os que atribuíram à mulher um poder específico na esfera da economia familiar²¹¹. Mediante este “poder das chaves” a mulher podia contrair dívidas e responsabilizar o marido. Fosse por influência germânica ou espontaneamente foram surgindo vários direitos locais e territoriais espanhóis que determinavam a competência da mulher casada no âmbito da economia doméstica. O actual art. 1319.º do Cód. Civil espanhol ocupa-se do anteriormente designado “poder das chaves” que permitia à mulher casada, dado que os bens eram administrados pelo marido, realizar as compras necessárias ao consumo ordinário da família sem necessidade de autorização marital, excepção prevista na redacção originária do art. 62.º à regra da nulidade dos actos praticados pela mulher sem consentimento marital. Mesmo assim a norma do art. 62.º do Cód. Civil espanhol era restritiva, dado que nem todos os contratos relativos à economia doméstica são necessariamente compras ou se referem a bens de consumo (p. ex., um contrato de prestação de serviços). Por isso, a doutrina e a jurisprudência recorriam ao “poder das chaves” do direito germânico para interpretar o art. 62.º com uma maior amplitude, por forma a abranger qualquer contrato que pudesse qualificar-se como doméstico²¹².

O art. 1408.º do Cód. Civil espanhol, na versão original, nesta linha de pensamento, estipulava que eram dívidas da comunhão todas as dívidas contraídas durante o

²¹⁰ Santosuosso, *Il matrimonio e il regime patrimoniale della famiglia*, Torino, Utet, 1965, pp. 374-379, e Alagna/Ciccarello/Tommasini, “La responsabilità per i debiti della famiglia”, in AAVV, *Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, Napoli, Jovene Editore, 1975, p. 192.

²¹¹ Lacruz Berdejo, *ob. cit.*, p. 11.

²¹² M. Amorós Guardiola, *et alii*, *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, vol. II, Madrid, Tecnos, 1984, p. 1503.

casamento pelo marido. À mulher eram reconhecidos alguns poderes no governo doméstico no âmbito do “poder das chaves”²¹³.

Por outro lado, e regressando ao nosso ordenamento jurídico, tal como já dissemos a propósito do art. 10.º do Cód. Comercial, deveria estender-se a presunção do art. 15.º do mesmo código às dívidas comerciais da mulher comerciante, dado que o que estava aí em causa era a protecção do comércio (e não do marido). Assim, as dívidas desta deviam presumir-se aplicadas em proveito comum, quando se demonstrasse que a mulher custeava as despesas do casal com os proventos do seu comércio e não tivesse o marido revogado a autorização dada à mulher para comerciar²¹⁴.

Aliás, a mulher casada, devidamente autorizada para exercer o comércio, podia, sem autorização do marido, contrair dívidas no exercício do comércio, responsabilizando os seus bens próprios não dotais. Quanto aos outros bens, a mulher podia, sem autorização do marido, empenhar os mobiliários e hipotecar os seus bens próprios (art. 16.º do Cód. Comercial de 1888). Não, podia, porém, sem consentimento do marido, hipotecar os imobiliários próprios do marido nem os comuns do casal. Contudo, o facto de não poder onerar os bens imobiliários comuns não significava que estes bens não respondessem pelas dívidas da mulher comerciante contraídas no exercício do seu comércio. De facto, pelas dívidas contraídas pela mulher com autorização marital respondiam os bens comuns ou os próprios de qualquer um dos cônjuges (nos regimes de comunhão) e os bens próprios da mulher ou os próprios de ambos (regime de separação).

Assim, tal como se presumiam contraídas em proveito comum do casal as dívidas comerciais do marido, para efeitos da comunicabilidade da dívida, devia adoptar-se a mesma regra no caso das dívidas comerciais da mulher comerciante, dado que o interesse do casal tem nas duas hipóteses a mesma razão de existência²¹⁵.

²¹³ María Jesús Monfort Ferrero, *ob. cit.*, pp. 20 e 21, apresenta alguns exemplos desses contratos: compras para a satisfação das necessidades da casa, como alimentos, material de iluminação e limpeza, vestuário para ela e os filhos, tudo o necessário para a educação dos filhos, pequenos presentes familiares, compra de bens móveis (salvo jóias e objectos preciosos), venda de objectos cuja administração cabia à mulher, contratar serviços domésticos ou pequenas reparações no lar, etc. V. também, quanto ao âmbito do poder doméstico e contratos nele incluídos, Lacruz Berdejo, *ob. cit.*, pp. 53-86. Repare-se que as dívidas contraídas pela mulher no exercício do governo doméstico responsabilizavam os bens do marido, e os bens comuns, e apenas subsidiariamente os da mulher no caso de insolvência do marido (Lacruz Berdejo, *ob. cit.*, pp. 113-133).

²¹⁴ Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, *cit.*, vol. VI, p. 393, diz mesmo que ainda que o marido tenha feito qualquer declaração pública de não assumir responsabilidade pelas dívidas comerciais da mulher, tal declaração não poderá prejudicar o facto da aplicação delas em proveito comum (o que decorria dos arts. 1198.º e 1199.º do Cód. de Seabra). Carlos da Costa Picoito, *ob. cit.*, pp. 121 e 122, citando Barbosa de Magalhães, considerava que mesmo que o art. 15.º do Cód. Comercial não se aplicasse às mulheres, pelas dívidas contraídas validamente pela mulher comerciante o marido seria sempre responsável, dando autorização para a mulher comerciar, não havendo necessidade da presunção de proveito comum.

²¹⁵ Eduardo da Silva Carvalho, *ob. cit.*, vol. I, pp. 128 e 129, e vol. II, p. 129, nota 1.

Apesar da mulher não ter, por regra, capacidade para contrair dívidas, tal como a mulher comerciante também a mulher autora podia publicar ou fazer representar as suas obras e, portanto, contrair dívidas para esse fim, sem outorga do marido (art. 10.º do Dec. n.º 13.725, de 27 de Maio, regulador do regime jurídico da propriedade literária, científica e artística).

Por todas essas dívidas respondiam os bens comuns, mas se estes não fossem suficientes para o seu pagamento, respondiam os bens próprios de qualquer dos cônjuges (cfr. o art. 1113.º, § 1.º). O credor poderia, assim, executar indiferentemente os bens de qualquer dos cônjuges que eram, pois, solidariamente responsáveis pelo pagamento das dívidas comuns. Haveria, contudo, direito de regresso, nos termos do § 2.º do artigo citado, que dispunha que “o cônjuge que for obrigado a pagar pelos seus bens próprios qualquer das referidas dívidas, ou a maior parte delas, terá regresso contra o outro para ser indemnizado pelos bens próprios deste, se os tiver, do que pagou além da metade que lhe pertencia”²¹⁶.

Era discutida na altura a questão de saber se às dívidas contraídas pelo marido sem outorga da mulher, nos casos do § 2.º do art. 1114.º, já citado, se aplicava ou não a doutrina do art. 1113.º, § 1.º. Este último artigo responsabilizava, na falta de bens comuns, os bens próprios de qualquer dos cônjuges, enquanto o § 2.º do referido art. 1114.º mencionava apenas que ao pagamento dessas dívidas ficavam obrigados os bens comuns. O problema colocava-se quando os bens comuns fossem insuficientes: poder-se-iam executar os bens próprios de qualquer dos cônjuges?

Havia quem sustentasse que o legislador quis regular de maneira diferente o caso previsto no art. 1114.º, § 2.º, e, por isso, não podiam ser executados os bens da

²¹⁶ O art. 1113.º, § 2.º, e ainda que se tratasse de dívidas comuns, determinava apenas o relacionamento directo entre patrimónios próprios. Repare-se que, em rigor, o que aí se estabelecia era um crédito de um cônjuge em relação ao outro, pelo que pagou além da metade que lhe competia, pois a lei estabelecia um direito de regresso imediatamente contra os bens próprios do outro, não prevendo, como faz, actualmente, o art. 1689.º, n.º 3, a possibilidade de esse pagamento se efectuar pela meação do cônjuge devedor nos bens comuns. Não seria propriamente uma compensação da comunhão ao património próprio do cônjuge em causa.

Também o n.º 1 do art. 1697.º do actual Cód. Civil faz surgir um crédito a favor do cônjuge que pagou mais do que lhe competia, só que, articulando-o com o art. 1689.º, n.º 3, a situação é diferente, prevendo-se previamente o pagamento pela meação do cônjuge devedor. Aquele direito de regresso do art. 1113.º, § 2.º, estabelecido em favor do cônjuge que pagou mais do que lhe cabia, apresentava-se com a natureza de um direito imediatamente exequível, ao passo que o crédito estabelecido no actual n.º 1 do art. 1697.º só é exigível no momento da partilha do casal, salvo se vigorar o regime de separação de bens, o que era a aplicação do preceito geral do art. 754.º do Cód. de Seabra, concernente às dívidas solidárias. V., Cristina M. Araújo Dias, *Compensações devidas pelo pagamento de dívidas do casal (da correcção do regime actual)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 29.

mulher²¹⁷. Fundavam a sua opinião na letra da lei e na história do artigo. De facto, o art. 1113.º, § 1.º, referia-se só ao corpo do artigo, como demonstra a expressão “dívidas de que trata este artigo”. No corpo do artigo previu-se expressamente a hipótese das dívidas contraídas pela mulher sem autorização do marido, quando ele está ausente ou impedido (art. 1116.º) e nada se disse quanto às contraídas pelo marido sem outorga da mulher, nas mesmas condições (art. 1114.º, § 2.º). Assim, parece que o legislador quis que só ao primeiro caso se aplicasse o estipulado no § 1.º do art. 1113.º²¹⁸. Por outro lado, no projecto primitivo do Cód. Civil de 1867, dispunha-se que a responsabilidade pelas dívidas contraídas pelo marido, fora das previstas no art. 1157.º, recaía sobre os bens comuns e, na falta destes, só sobre os seus bens próprios (arts. 1156.º e 1158.º).

A solução mais razoável era a de admitir a aplicação do art. 1113.º, § 1.º, ao caso previsto no § 2.º do art. 1114.º. Pires de Lima e Braga da Cruz, argumentando que o legislador, dizendo, no art. 1114.º, § 2.º, que a essas dívidas ficavam obrigados os bens comuns, apenas quis definir a natureza comunicável de tais dívidas, deixando-as sujeitas ao regime de todas as dívidas comunicáveis, previsto no art. 1113.º²¹⁹. Declaravam-se as dívidas comunicáveis, determinando-se que os bens comuns ficavam obrigados ao seu pagamento. Por isso, o § 1.º do art. 1113.º referir-se-ia a todas as dívidas comunicáveis e, logo, teria também de ser aplicado às dívidas mencionadas no § 2.º do art. 1114.º. Apresentavam ainda os autores citados o argumento da analogia com o art. 1116.º, quanto às dívidas contraídas pela mulher em circunstâncias idênticas. Não faria sentido que nessa hipótese pudessem ser executados bens do marido e, no caso do § 2.º do art. 1114.º, se proibisse a execução dos bens da mulher, já que os casos eram idênticos. E não deveria argumentar-se no sentido de que a diferença de tratamento se justificaria como um benefício concedido à mulher como contrapartida ao benefício que resulta para o marido de ser ele a administrar os bens, pois quando a mulher contrai uma dívida ao abrigo do art. 1116.º é ela a administradora dos bens do casal - art. 1117.º.

²¹⁷ Dias Ferreira, *ob. cit.*, pp. 353 e 354. V. também, Eduardo da Silva Carvalho, *ob. cit.*, vol. I, p. 137, onde afirma que o marido que contraiu dívidas sem autorização da mulher, nos casos do art. 1114.º, § 2.º, responsabiliza os bens comuns e os seus bens próprios mas não os bens próprios da mulher. Pelo contrário, a mulher que contraiu dívidas ao abrigo do art. 1116.º e que, por isso, são comuns, responsabilizou por elas os bens comuns e os bens próprios de qualquer dos cônjuges. A lei, em condições iguais, teria responsabilizado diversamente os cônjuges, evitando que, por dívida contraída pelo marido naquelas condições respondessem os bens próprios da mulher. Justifica o seu entendimento no facto de ser o marido o administrador do casal e o cônjuge “mais experiente nos negócios da vida”, não precisando, por isso, de ser tão protegido como a mulher.

²¹⁸ Repare-se que as dívidas comunicáveis, tal como referem Pires de Lima/Braga da Cruz, *ob. cit.*, p. 136, não são só as previstas no art. 1113.º. Outras há que, apesar de aí não virem mencionadas, estavam sujeitas ao mesmo regime do § 1.º, como, p. ex., as do art. 1199.º ou as excepções da segunda parte do § 2.º do art. 1115.º.

²¹⁹ Pires de Lima/Braga da Cruz, *ob. cit.*, pp. 136 e 137.

Por outro lado, havia também dívidas posteriores ao casamento que eram incomunicáveis: as dívidas previstas no art. 1114.^{o220}, ressalvadas as hipóteses do seu § 2.^{o221}; as dívidas da mulher, contraídas com suprimento judicial do marido, se não procedessem de obrigações comuns nem revertissem em benefício comum (art. 1199.^o, *a contrario*); as dívidas provenientes de crimes ou de factos ilícitos praticados por algum dos cônjuges (dívidas essas a que se aplicava, por imposição do art. 1115.^o, a doutrina do art. 1114.^o); as dívidas que onerassem bens incomunicáveis não sendo por juros, foros, censos ou quinhões vencidos depois da aquisição desses bens (art. 1115.^o, § 2.^o)²²²; e as dívidas contraídas pela mulher sem autorização do marido e sem o suprimento judicial dessa autorização, quando a sua anulação não fosse requerida pelo marido, seus herdeiros ou representantes, dentro de um ano contado desde a dissolução do casamento (arts. 1200.^o e 1201.^o, § 2.^o), salvo se contraídas em proveito comum do casal²²³.

Em relação às dívidas provenientes de crimes ou de factos ilícitos, discutia-se se seria de aplicar ao art. 1115.^o, § 1.^o, os §§ 1.^o e 2.^o do artigo anterior. Pires de Lima entendeu que seria de aplicar o art. 1114.^o, bem como o seu § 1.^o, mas já não o § 2.^o ao art. 1115.^{o224}. No mesmo sentido já se havia pronunciado Alberto dos Reis, ao dizer que, à luz do Cód. de Seabra, as dívidas decorrentes de multas, indemnizações..., da responsabilidade exclusiva de um dos cônjuges, estavam também sujeitas à regra da moratória prevista no art. 1114.^o, § 1.^{o225}.

²²⁰ A regra de que pelas dívidas contraídas na constância do matrimónio pelo marido sem consentimento da mulher respondiam os bens próprios do marido (art. 1114.^o), representava, tal como refere Dias Ferreira, *ob. cit.*, p. 353, uma transacção entre o velho direito, que obrigava os bens comuns pelas dívidas contraídas pelo marido, mesmo sem consentimento da mulher, e os “bons princípios jurídicos” que exigem a intervenção do marido e da mulher, dada a sua posição igualitária (!) na sociedade conjugal, nos negócios que possam afectar os mais valiosos interesses do casal.

²²¹ Caberia ao credor a prova de que as dívidas foram aplicadas em proveito comum do casal ou contraídas na ausência ou impedimento da mulher, não permitindo o fim para que foram contraídas que se esperasse pelo seu regresso ou cessação do impedimento – ac. do STJ, de 02.06.1951 (*BMJ*, n.^o 25.^o, 1951, p. 312).

Note-se que o art. 1114.^o, e os seus §§, apenas se referem às dívidas contraídas pelo marido e não às que o forem pela mulher, ainda que aplicadas em proveito do casal (Eduardo da Silva Carvalho, *ob. cit.*, vol. I, p. 119, nota 4).

²²² O ordenamento jurídico francês previa, na redacção original, que as dívidas “*mobilières*” (que têm por objecto um bem móvel, especialmente uma soma em dinheiro) anteriores à celebração do casamento integravam o passivo definitivo da comunhão, dado esta ser constituída também por tais bens. Por outro lado, as dívidas “*immobilières*” de um cônjuge contraídas antes do casamento não responsabilizavam os bens comuns pelas mesmas (v., entre outros, Planiol/Ripert, *Traité pratique de Droit Civil français...*, *cit.*, pp. 342 e segs., e Beudant, *ob. cit.*, pp. 293-300).

²²³ V., Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, *cit.*, vol. VI, p. 412, e Pires de Lima/Braga da Cruz, *ob. cit.*, p. 134.

²²⁴ Pires de Lima, “Anotação ao ac. do STJ, de 8 de Fevereiro de 1957”, *RLJ*, ano 90.^o, 1957/58, pp. 195 e segs.

²²⁵ Alberto dos Reis, “Código de Processo Civil (dúvidas e questões)”, *RLJ*, ano 73.^o, 1940, pp. 113-116 e pp. 259-262, e *Processo...*, *cit.*, pp. 287-289.

Pereira Coelho entendia, ainda que com algumas cautelas, que, seja qual for a orientação seguida, as multas criminais e as indemnizações resultantes de crime nunca se comunicam, ainda que a actividade ilícita do cônjuge condenado tenha sido exercida em proveito comum do casal e ainda que tenha até proporcionado lucros ao património comum (no mesmo sentido foi a redacção do art. 1692.º, al. b), do Cód. Civil de 1966)²²⁶. Admitia, contudo, que, quando da actividade ilícita de um dos cônjuges tenha resultado para a comunhão um enriquecimento patrimonial em detrimento de alguém, se conceda ao prejudicado uma acção de enriquecimento sem causa, nos termos gerais²²⁷.

Como referimos, era já entendimento das Ordenações a não responsabilização do outro cônjuge por multas ou indemnizações resultantes de crimes imputados a um dos cônjuges. Quanto à pena de confisco, abolida antes da entrada em vigor do Cód. de Seabra, o § 20.º do título VI, do livro V, das Ordenações Filipinas, expressamente estipulava que ela não afectava os bens próprios nem a meação do cônjuge não culpado. O Cód. Penal de 1852, no seu art. 109.º, dispunha que os bens da meação da mulher, e quaisquer outros que, a qualquer título lhe pertençam, não estavam obrigados à restituição e à reparação do dano resultante do crime do marido. Com a entrada em vigor do Cód. de Seabra, tendo este tratado de toda a matéria da responsabilidade civil conexas com a criminal, anteriormente regulada nos arts. 104.º a 116.º do Cód. Penal, o

²²⁶ Pereira Coelho, *Curso...*, cit., 1965, p. 304, nota 3. V. também, Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 462 e 463, e o ac. do STJ, de 06.11.1964 (*BMJ*, n.º 141.º, 1964, p. 344, que, ainda que não sendo muito claro, refere que a obrigação de pagar, por parte de ambos os cônjuges, uma indemnização proveniente de crime praticado por um dos cônjuges, “resulta da responsabilidade extracontratual, ou antes do enriquecimento sem causa do património conjugal (...)”).

²²⁷ Em sentido diferente, 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, p. 401, ao dizer que se a actividade do cônjuge que incorreu em responsabilidade proporcionar lucros ao outro cônjuge, “tanto melhor para ele, e tanto pior para o cônjuge responsável”. V., neste sentido, os ac. do STJ, de 11.04.1962 (*BMJ*, n.º 116.º, 1962, p. 308); e de 11.04.1962 (*BMJ*, n.º 116.º, 1962, p. 316). V., de igual modo, A. Lopes Cardoso, *A Administração dos Bens...*, cit., pp. 234 e 235.

O ac. do STJ, de 04.05.1962 (*BMJ*, n.º 117.º, 1962, p. 532), considerou a mulher responsável pelo pagamento de uma indemnização por ilícito penal praticado pelo marido, pelo facto de aquele ter produzido enriquecimento nos bens do casal. No mesmo sentido, os ac. do STJ, de 08.07.1941 (*Revista dos Tribunais*, ano 59.º, 1941, p. 247); de 08.10.1957 (*BMJ*, n.º 70.º, 1957, p. 327, admitindo a responsabilidade da mulher pelas dívidas provenientes de crime quando as importâncias em causa fossem aplicadas em proveito comum dos cônjuges); da RL, de 11.12.1963 (*JR*, ano 9.º, 1963, p. 1118); e do STA, de 03.12.1941 (*RLJ*, ano 74.º, 1941/42, p. 303, que recusa a responsabilidade da mulher por dívida proveniente de acto ilícito (transgressão fiscal) praticado pelo marido, mas admiti-la-ia se houvesse proveito comum do casal).

Em sentido diferente, v., os ac. do STJ, de 06.01.1942 (*BOMJ*, ano 2.º, 1942, p. 1); de 30.04.1946 (*RLJ*, ano 79.º, 1946, p. 125); e de 28.01.1955 (*BMJ*, n.º 47.º, 1955, p. 435); da RL, de 21.10.1955 (*JR*, ano 1.º, 1955, p. 785); e da RE, de 01.07.1997 (*BMJ*, n.º 469.º, 1997, p. 674). O ac. do STJ, de 08.02.1957 (*BMJ*, n.º 64.º, 1957, p. 504), decidiu que o art. 1114.º não se referia à responsabilidade criminal ou reparação penal mas apenas à responsabilidade civil em que incorreu o devedor. Assim, regulando o referido artigo as dívidas de natureza civil, nele não se incluíam as multas criminais que têm natureza diferente, sendo convertíveis em prisão.

art. 127.º do Cód. Penal de 1884 veio referir precisamente isso, remetendo a matéria para o Cód. Civil. Por sua vez, o art. 2376.º do Cód. Civil determinou que se o delinquente fosse casado, nenhuns bens do outro cônjuge, próprios ou relativos à sua meação, ficariam obrigados à reparação proveniente de facto do cônjuge delinquente. Assim, só os bens próprios do cônjuge a quem era imputados factos qualificados como crimes respondiam pelas dívidas daí decorrentes²²⁸.

Não havia norma que, para todas estas dívidas comunicáveis posteriores ao casamento, determinasse quais os bens que respondiam por elas. Apenas existia o § 1.º do art. 1114.º e o art. 1115.º que para aquele remetia. Entendia-se, então, que a todas elas se deveria aplicar o referido § 1.º do art. 1114.º. Assim, respondiam, em primeiro lugar, os bens próprios do cônjuge devedor e, só depois, a sua meação nos bens comuns. Porém, o pagamento à custa da meação só era exigível depois de dissolvido o casamento ou decretada judicialmente a separação de bens. Embora os credores pudessem seguir com a acção e execução até à penhora do direito e acção do marido nos bens do casal comum, a execução quanto ao direito à meação ficava suspensa, não podendo prosseguir enquanto subsistisse a comunhão²²⁹.

Questionava-se sobre a possibilidade de, por uma dívida comunicável contraída pelo marido, responderem sem moratória os bens mobiliários comuns e os mobiliários da mulher, atento o disposto no art. 1118.º²³⁰, não obstante o art. 1114.º não fazer qualquer distinção entre imobiliários e mobiliários.

Pires de Lima e Braga da Cruz entendiam que havendo uma dívida comunicável contraída pelo marido, o § 1.º do art. 1114.º só teria aplicação quanto aos imobiliários²³¹. Podendo o marido alienar todos os mobiliários, os comuns e os próprios

²²⁸ O ac. da RP, de 05.05.1943 (*Revista dos Tribunais*, ano 61.º, 1943, p. 331), entendeu, em sentido oposto, que a disposição do art. 2376.º do Cód. Civil, não tinha aplicação “ao caso em que o cônjuge não delinquente beneficiou dos resultados do delito, conhecendo até a sua ilegal proveniência, como se infere dos artigos 1114.º e 1115.º do Código Civil”.

²²⁹ A posição favorecida dos credores alcançada com a Reforma de 1930, e cuja utilidade já questionámos *supra*, foi afectada com a eliminação da preferência resultante da penhora pelo decreto da insolvência civil, o Cód. de Falências e o Cód. de Processo Civil. V., Pires de Lima/Braga da Cruz, *ob. cit.*, p. 138. Por isso, na realidade, a única limitação existente à moratória era a do art. 10.º do Cód. Comercial, quanto às dívidas comerciais.

²³⁰ “O marido pode dispôr livremente dos bens mobiliários do casal; mas se, sem consentimento da mulher, os alhear, ou obrigar por contratos gratuitos, será a importância dos bens assim alheados, levada em conta na meação dele”.

²³¹ Pires de Lima/Braga da Cruz, *ob. cit.*, pp. 139 e 140, e Pires de Lima, “Anotação ao ac. do STJ, de 28 de Janeiro de 1955”, *RLJ*, ano 88.º, 1955/56, pp. 189-192. O anteprojecto de Braga da Cruz (“Capacidade patrimonial dos cônjuges...”, *loc. cit.*, p. 406, e *Obras Esparsas*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 1984, p. 318), previa precisamente isso no art. 16.º, n.º 2, al. b): “2. respondem, todavia, ao mesmo tempo que os bens próprios do cônjuge devedor: b) Os bens mobiliários comuns de que ele podia dispor por si só no momento em que contraíu a dívida”.

de qualquer um dos cônjuges, não se compreenderia que o marido podendo o mais, não pudesse o menos, não pudesse também onerá-los. Apesar de questionar a solução, face ao art. 824.º do então Cód. de Processo Civil (“Na execução movida contra o marido, só podem penhorar-se os seus bens próprios e o direito à meação nos bens comuns”), que se adaptava mais à ideia de que os mobiliários estavam sujeitos ao mesmo regime dos imobiliários, defendiam que a moratória não abrangia os mobiliários. O que seria necessário, processualmente, era, para executar os mobiliários comuns e próprios da mulher, intentar a acção e execução também contra a mulher, embora por dívidas exclusivas do marido. Quem contrai uma dívida, sujeita ao seu pagamento os bens de que pode dispor; por isso, os bens mobiliários respondiam pelas dívidas contraídas pelo marido sem outorga da mulher.

Por outro lado, Cunha Gonçalves entendia, com base no art. 1114.º, § 2.º, que a moratória é estabelecida para os bens comuns e, não havendo qualquer distinção na letra da lei, devem considerar-se abrangidos por essa disposição todos os bens comuns, quer imobiliários quer mobiliários²³². Caso contrário, a protecção legal poderia ficar sem qualquer utilidade, dado que a parte mobiliária do casal poderá ser a mais rendosa e até abranger todo o património do casal.

De igual modo se pronunciou Pereira Coelho, argumentando que o princípio de que podem ser executados todos os bens que podem ser alienados era restrito (como até

V. também, *RLJ*, ano 11.º, 1878/1879, pp. 424 e 425 (podendo o marido dispor de todos os bens mobiliários comuns, e sendo também bens desta ordem os rendimentos dos bens comuns, dos próprios e até dos dotais, todos eles podem ser penhorados por dívidas contraídas pelo marido sem outorga da mulher, salvo o disposto no art. 1230.º, quanto aos rendimentos dos bens dotais e dos bens próprios da mulher. Admitir o contrário seria proteger o marido “caloteiro” contra os credores comuns), e ano 14.º, 1880/1881, p. 243, *O Direito*, ano 3.º, n.º 8, 1871, p. 115 (chamando, porém, a atenção para a possibilidade da mulher, ainda que, por regra, não se possa opor à execução sobre bens mobiliários do casal por dívida própria do marido, poder embargar a penhora no caso de se ver privada dos necessários alimentos, por aplicação do art. 1230.º), e ano 4.º, n.º 7, 1872, pp. 97 e 98, e Abel de Campos, “O marido pode responsabilizar por suas dívidas os mobiliários do casal”, *Scientia Iuridica*, vol. VIII, 1959, pp. 395-398 (entendendo que o art. 824.º do Cód. de Processo Civil era simples tradução da norma do art. 1114.º do Cód. Civil e, por isso, não obstava à solução defendida).

²³² Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, cit., vol. VI, pp. 416 e 417. V. também, Dias Ferreira, *ob. cit.*, pp. 362 e segs., Carlos Mathias Pereira, “Da responsabilidade pelas dívidas que o marido contrahir sem consentimento da mulher”, *O Direito*, ano 4.º, 1872, pp. 98-100, Eduardo da Silva Carvalho, *ob. cit.*, vol. I, pp. 122, e Eduardo Ralha, “Podem penhorar-se bens mobiliários comuns para pagamento de dívidas de natureza civil, próprias do marido?”, *Revista dos Tribunais*, ano 60.º, 1942, pp. 178 e 179 (chama a atenção para, a admitir-se a penhora dos bens mobiliários comuns, dado o marido ter poderes de disposição sobre os mesmos, seria permitir também a penhora de bens próprios da mulher, por dívidas próprias do marido, dado que este pode também dispor dos bens móveis da mulher), e, na jurisprudência, os ac. do STJ, de 28.01.1955 (*loc. cit.*, p. 437), e da RP, de 12.11.1958 (*Scientia Iuridica*, tomo VIII, 1959, pp. 534 e 535, onde se refere que na letra e no espírito da lei não se encontra fundamento para excluir da moratória os bens mobiliários comuns, “e menos ainda para vincular às obrigações próprias do marido bens e valores que lhe não pertencem exclusivamente”).

sugeria o art. 2360.º) ao caso de esses bens serem do devedor executado²³³. Havia casos, porém, em que uma pessoa podia dispor de bens alheios e, aí, não podia pretender-se que tais bens respondessem pelas dívidas de quem, não sendo seu proprietário, podia dispor deles. Apresenta como exemplos o Estado que, por intermédio do juiz, pode dispor de bens do executado ou o pai ou tutor que podem dispor, em certos termos, dos bens do menor ou do tutelado. E daí não resultará que os bens do executado respondam pelas dívidas do Estado ou que os bens do menor ou do tutelado respondam pelas dívidas do pai ou do tutor. Por isso, não era descabido que o art. 1118.º permitisse ao marido alienar os bens comuns e, todavia, esses bens não respondiam pelas dívidas do marido senão com a moratória do art. 1114.º, § 1.º. A lei permitia ao marido a alienação dos mobiliários comuns na presunção de que o marido disporia desses bens em proveito do casal. Mas seria incompreensível que tais bens respondessem sem moratória pelas dívidas incomunicáveis do marido que seguramente não foram contraídas em proveito comum.

Posição intermédia era defendida por Pinto Coelho, ou seja, podendo o marido dispor livremente dos bens mobiliários do casal, podia também aliená-los e obrigá-los e se “constituir penhor sobre os bens comuns para garantia de uma dívida individual o penhor está válidamente constituído e então os bens mobiliários, embora comuns, respondem pela dívida incomunicável do marido”²³⁴. Porém, não fica com isto prejudicada a responsabilidade em que o marido fica constituído para com o casal, isto é, terá de repor a importância retirada dos bens comuns para pagamento da sua dívida incomunicável²³⁵.

Por seu lado, não havia no Cód. de Seabra disposições especiais para regular o passivo do casal no regime da comunhão de adquiridos. Deveriam, por isso, aplicar-se ao caso as disposições que se estabeleciam para o regime da comunhão geral²³⁶. As

²³³ Pereira Coelho, *Curso...*, cit., 1965, pp. 306 e 307.

²³⁴ Pinto Coelho, *ob. cit.*, pp. 254 e 255.

²³⁵ Repare-se que a nossa actual regulamentação legal permite o contrário, ou seja, e como veremos, um cônjuge pode carecer do consentimento do outro para dispor de certos bens, mas qualquer um dos cônjuges pode onerar os mesmos bens com dívidas. Aliás, já acontecia o mesmo à luz do Cód. de Seabra em relação a certas dívidas comunicáveis. De facto, pelas dívidas contraídas pela mulher com autorização marital respondiam os bens comuns ou os próprios de qualquer um dos cônjuges (nos regimes de comunhão) e os bens próprios da mulher ou os bens próprios de ambos os cônjuges (no regime de separação), o que podia chocar com o disposto no art. 16.º do Cód. Comercial que não concedia à mulher a faculdade de constituir hipoteca sob os bens imobiliários comuns e os bens próprios do marido. E, como se interrogava José Mendes Martins, *ob. cit.*, p. 62, nota 2, não é a alienação do bem, neste caso resultante do pagamento de dívidas, um acto jurídico mais importante que a hipoteca?

²³⁶ O Cód. de Seabra regulava tão deficientemente o regime da responsabilidade por dívidas que apenas previa as dívidas contraídas no decurso do casamento segundo o “costume do Reino” e no regime de separação. Daí que se entendia ser de aplicar ao

únicas disposições expressas que existiam sobre o passivo no regime da comunhão de adquiridos continham regras idênticas às da comunhão geral (cfr. os arts. 1133.º e 1198.º do Cód. Civil de 1867)²³⁷. Assim, seria também de distinguir as dívidas anteriores e as ulteriores à celebração do casamento, as comunicáveis e as incomunicáveis.

Quanto as dívidas anteriores à celebração do casamento, elas seriam incomunicáveis, salvo se contraídas conjuntamente pelos nubentes ou em proveito comum (e por estas responderiam os bens previstos no art. 1113.º, em ligação com o art. 1110.º).

As dívidas contraídas na constância do matrimónio por ambos os cônjuges, ou pelo marido com outorga da mulher, ou pela mulher com autorização do marido ou só pela mulher nos casos em que lhe é permitido pelo art. 1116.º, eram comunicáveis (art. 1113.º). Seriam também comunicáveis as dívidas provenientes de juros, censos ou quinhões vencidos depois da aquisição dos bens próprios que elas onerarem. Por seu lado, as dívidas contraídas na constância do matrimónio só pelo marido, sem outorga da mulher eram, nos termos do art. 1114.º, incomunicáveis. Seriam também incomunicáveis as dívidas contraídas só pela mulher com suprimento judicial do consentimento do marido, salvo se se tratassem de dívidas comuns ou revertissem em benefício comum (art. 1199.º). Seriam também incomunicáveis as dívidas provenientes de crimes ou factos ilícitos praticados por um dos cônjuges (art. 1115.º, § 1.º) e as que onerassem bens incomunicáveis (art. 1115.º, § 2.º).

Pelas dívidas incomunicáveis, anteriores ou posteriores à celebração do casamento, respondiam os bens próprios do cônjuge devedor e, na falta ou insuficiência deles, a sua meação nos bens comuns, nos termos dos arts. 1112.º e 1114.º²³⁸. As dívidas comuns responsabilizavam os bens comuns e eram pagas nos termos do art. 1113.º.

regime de comunhão de adquiridos e ao regime dotal as normas constantes dos arts. 1113.º e 1114.º (Eduardo da Silva Carvalho, *ob. cit.*, vol. I, p. 120, e vol. II, p. 103). Aliás, se a regra, quanto ao activo, era a da aplicação das disposições do regime da comunhão geral (art. 1130.º do Cód. de Seabra), tudo apontaria para que igual doutrina se aplicasse no caso do passivo (José Augusto do Nascimento, *ob. cit.*, p. 302).

²³⁷ Art. 1133.º: “As dívidas dos cônjuges sócios nos adquiridos, sendo anteriores ao casamento, se forem pagas pelos adquiridos, serão levadas em conta na parte respectiva ao cônjuge devedor”.

Art. 1198.º: “O marido responde pelas obrigações, que a mulher, casada segundo o costume do reino, ou com simples comunhão de adquiridos, contraiu com autorização sua, mas não pelas obrigações, que a mulher, casada por outra forma, contraiu sobre bens, ou interesses privativamente seus”.

²³⁸ José Mendes Martins, *ob. cit.*, pp. 18 e 19 e p. 59, chama a atenção para a antinomia entre o art. 1133.º e o art. 1112.º, proveniente de este sujeitar a execução para pagamento na meação dos adquiridos à moratória aí estipulada, e de o art. 1133.º permitir a execução desses mesmos bens, enquanto comuns, na constância do matrimónio. Assim, na simples comunhão de adquiridos, as dívidas anteriores de cada um dos cônjuges seriam pagas não só pelos seus bens próprios, mas também, e sem moratória, pelos adquiridos, constituindo o art. 1133.º uma excepção ao art. 1112.º. Não nos parece que fosse essa a melhor

No regime de separação de bens, o passivo do casal era regulado no art. 1129.º que distinguia também as dívidas anteriores e posteriores ao casamento.

Quanto às dívidas anteriores ao casamento, o art. 1129.º, § 1.º, determinava que “as dívidas anteriores ao casamento serão pagas pelos bens do cônjuge devedor”. Correspondia ao princípio previsto no art. 1110.º para as dívidas anteriores ao casamento no regime de comunhão geral. Ou seja, as dívidas anteriores ao casamento não se comunicavam e apenas responsabilizavam os bens do cônjuge que as contraiu. Se apenas um dos cônjuges auferiu proveito da contracção dessas dívidas, caber-lhe-ia a ele o exclusivo encargo de as satisfazer²³⁹.

Os bens do cônjuge devedor responsáveis pelas dívidas próprias seriam não só os bens próprios mas também a meação nos adquiridos²⁴⁰, havendo-os, nos termos dos arts. 1112.º e 1114.º, § 2.º, ou art. 10.º do Cód. Comercial²⁴¹.

Se, porém, se tratasse de dívida contraída por ambos os nubentes anteriormente ao casamento ou em proveito comum, tais dívidas seriam pagas por ambos os cônjuges, ou pelos bens que pertencessem a ambos, por analogia com o § 2.º do art. 1129.º²⁴².

interpretação. Com efeito, aplicando à comunhão de adquiridos o regime da comunhão geral, incluindo o art. 1112.º, significa que as dívidas anteriores seriam pagas com os bens próprios e o pagamento pela meação nos bens comuns estaria também sujeita a moratória. E não parece que o art. 1133.º excluísse tal moratória, ou seja, dispõe o artigo que quando forem pagas com os bens adquiridos (que, por ligação com o art. 1112.º, deveria entender-se no momento da dissolução e partilha do regime matrimonial) surgiria um crédito do património comum.

²³⁹ Entendendo que, como regime supletivo, as normas do regime da comunhão geral deveriam ser aplicadas na falta de regulamentação expressa de outro regime, poderia entender-se que, se os bens do cônjuge devedor, destinados ao pagamento daquelas dívidas, fossem insuficientes para tal pagamento, e se houvesse adquiridos, poderia a execução recair sobre a meação do cônjuge devedor, ainda que sujeita a moratória, nos termos do art. 1112.º. Poderia até o credor, antes de responsabilizar a meação do devedor nos adquiridos, executar os bens do cônjuge devedor adquiridos depois do casamento a título gratuito. Neste sentido, Eduardo da Silva Carvalho, *ob. cit.*, vol. II, pp. 106 e 107. Contra, Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, *cit.*, vol. VI, p. 503, indicando como normas aplicáveis entre os cônjuges as constantes da própria convenção antenupcial (onde se poderá estipular que a mulher não será responsável pelas dívidas contraídas pelo marido na constância do matrimónio, mesmo com a sua anuência ou, pelo contrário, que todas as dívidas contraídas na constância do casamento serão próprias da mulher). Em relação a terceiros só a lei poderia estabelecer qual a responsabilidade pessoal e patrimonial pelas dívidas contraídas e tal regulamentação estava prevista no art. 1129.º.

²⁴⁰ Estranhar-se-á que se fale em bens adquiridos no regime de separação. Porém, os arts. 1125.º a 1129.º regulavam, de acordo com certa doutrina, duas modalidades do regime de separação: a separação absoluta e a separação relativa. Por força do art. 1125.º se os nubentes na convenção antenupcial declarassem que casavam no regime de separação, não se excluía a comunhão de adquiridos, pelo que aos arts. 1127.º a 1129.º seria de acrescentar, como regulador da separação de bens, os arts. 1130.º a 1132.º. Se, pelo contrário, os nubentes excluíssem expressamente a comunhão de adquiridos, aplicar-se-iam apenas os arts. 1127.º a 1129.º. Só neste caso de separação absoluta não havia bens adquiridos. Contra, José Mendes Martins, *ob. cit.*, p. 15, ao referir que apenas existe o regime de comunhão de adquiridos e o de separação de bens (além do da comunhão geral e do dotal), ou seja, se os nubentes declararem simplesmente que pretendem casar com separação de bens, o casamento supõe-se contraído em simples comunhão de adquiridos (art. 1125.º), sendo-lhe aplicável as disposições dos arts. 1130.º a 1132.º, com exclusão dos arts. 1127.º a 1129.º (a aplicar à separação de bens).

²⁴¹ Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, *cit.*, vol. VI, p. 504.

Quanto à possibilidade de aplicação, no regime de separação de bens, das exceções previstas nos §§ 1.º e 2.º do referido art. 1110.º, entendia-se ser de aplicar a prevista no § 1.º²⁴³, divergindo as opiniões quanto à eventual aplicação do § 2.º. Uma vertente doutrinária ia no sentido da não aplicação e, portanto, os bens do cônjuge não devedor não seriam responsáveis, mesmo por dívidas contraídas em proveito comum dos cônjuges. Outros defendiam o contrário. Com efeito, “a separação de bens não impede que as dívidas anteriores ao casamento sejam pelos cônjuges contraídas conjunta ou solidariamente, em proveito comum”²⁴⁴, atendendo, nomeadamente, ao art. 39.º do Dec. n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910, e à comunicabilidade dos encargos do casal e dos rendimentos²⁴⁵. Antes de prosseguirmos, e porque com este problema se relaciona,

²⁴² Se os devedores forem conjuntamente demandados pela totalidade da dívida, a execução deveria iniciar-se sobre os bens comuns e só quando estes fossem insuficientes poderia a penhora estender-se aos bens próprios, nos termos do art. 1113.º, § 1.º. Se, porém, cada um dos cônjuges for demandado em separado, sendo-lhe exigida somente a metade da dívida, podem imediatamente ser penhorados os seus bens próprios, como acontece com as dívidas próprias previstas no art. 1129.º, § 1.º. A não ser que se estipulasse a solidariedade, nenhum dos cônjuges era responsável por mais de metade da dívida, e com os seus bens próprios, não sendo de aplicar o art. 1113.º, § 2.º, ao regime de separação de bens. Seria, pelo contrário, de aplicar o art. 731.º, tratando-se de dívida conjunta (Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, cit., vol. VI, p. 504). Por sua vez, Eduardo Silva Carvalho, *ob. cit.*, vol. II, pp. 113 e 114, entende que, no caso de dívida contraída por um dos nubentes antes do casamento, mas a que o outro está pessoalmente obrigado ou quer obrigar-se ao seu pagamento, a responsabilidade seria solidária, por força dos arts. 1110.º, § 1.º, e 1113.º, §§ 1.º e 2.º, e não pelo art. 1112.º, que se referia às dívidas anteriores incommunicáveis, nem pelo art. 1114.º, que se referia às dívidas contraídas na constância do matrimónio pelo marido. Tal entendimento vai na sequência do entendimento deste autor de que seria de aplicar, na falta de regulamentação expressa, ao regime de separação as regras da comunhão geral.

²⁴³ De facto, se ambos os cônjuges estavam obrigados ao pagamento da dívida, não faria sentido que ela fosse paga apenas com os bens de um deles – Dias Ferreira, *ob. cit.*, p. 353 (também citado na *RLJ*, ano 21.º, 1888/1889, p. 536), e Pires de Lima/Braga da Cruz, *ob. cit.*, p. 186.

²⁴⁴ V., Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, cit., vol. VI, pp. 503 e 504. No mesmo sentido, Dias Ferreira, *ob. cit.*, p. 351, Eduardo da Silva Carvalho, *ob. cit.*, vol. II, p. 114, e J. G. Sá Carneiro, “Os arts. 10.º e 15.º do Código Comercial e o novo Código Civil”, *Revista dos Tribunais*, ano 90.º, 1972, pp. 339 e segs. Cfr. também, os ac. do STJ, de 18.12.1945 (*BMJ*, n.º 5.º, 1946, p. 508); da RL, de 30.06.1934 (*Gazeta da Relação de Lisboa*, ano 48.º, 1934/35, p. 231); e de 06.05.1960 (*JR*, ano 6.º, 1960, p. 464); e da RP, de 16.10.1959 (*JR*, ano 5.º, 1959, p. 768).

²⁴⁵ Era jurisprudência assente que os rendimentos eram comuns no regime de separação de bens. V., p. ex., os ac. do STJ, de 04.05.1929 (*Col. Of.*, ano 28.º, 1929, p. 177); de 28.02.1930 (*Revista dos Tribunais*, ano 48.º, 1930, p. 71); e de 19.02.1963 (*BMJ*, ano 124.º, 1963, p. 734); e da RL, de 30.06.1934 (*loc. cit.*, p. 233).

Também Eduardo da Silva Carvalho, *ob. cit.*, vol. II, pp. 69 e 70, entendia que os rendimentos no regime de separação, salvo se a expressa incommunicabilidade fosse estipulada (ou seja, se tivesse sido estipulada a separação absoluta de bens), eram comuns, já que o marido, como administrador dos bens em qualquer regime, devia suportar os encargos da vida familiar com valores que, para facilidade da sua administração, fossem comuns.

Contra, v., p. ex., Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, cit., vol. VI, pp. 485-489, e p. 506, e *Direitos da Família...*, cit., p. 136, Pinto Coelho, *ob. cit.*, pp. 325 e 326, Paulo Cunha, *Direito da Família* (lições coligidas por Raúl J. Rodrigues Ventura, R. L. Amaral Marques e Júlio M. Salcedas), vol. I, Lisboa, 1941, p. 602, Pires de Lima, “Natureza do regime dotal”, *RLJ*, ano 74.º, 1941/42, p. 8, e Pires de Lima/Braga da Cruz, *ob. cit.*, p. 182. Entendia Cunha Gonçalves que a necessidade da autorização marital para a mulher dispor de dois terços dos rendimentos dos seus bens (arts. 1127.º e 1128.º), autorização que podia ser judicialmente suprida, não significava que esses rendimentos fossem comuns. Tal seria confundir comunicabilidade com inalienabilidade. Os dois terços dos rendimentos são apenas inalienáveis e não comuns. Porém, ainda que defenda a incommunicabilidade, recorrendo aos casos análogos (arts. 1109.º, § único, 1153.º, 1162.º, e 1226.º), dado não haver regulamentação expressa à luz do Cód. de Seabra, admite o

abrimos aqui um parêntesis para analisarmos esta questão da (in)comunicabilidade dos rendimentos no regime de separação de bens.

Galvão Teles, defendendo a absoluta incomunicabilidade dos rendimentos no regime de separação, analisou e discutiu as três hipóteses possíveis, ou seja, a de serem comuns todos os rendimentos (tanto dos bens do marido como dos bens da mulher), a de apenas serem comuns dois terços dos rendimentos da mulher e a de todos os rendimentos serem próprios²⁴⁶. Quanto à primeira solução (todos os rendimentos serem comuns), assentava a mesma no facto de os arts. 1104.º e 1189.º, ao concederem ao marido a administração dos bens do casal, mostrarem que os rendimentos desses bens eram comuns. Ora, constituindo tais normas disposições de ordem geral, aplicáveis também ao regime de separação absoluta, então também neste regime os rendimentos seriam comuns. Porém, refere o autor, que não se compreende que relação possa existir entre a administração dos bens e a comunicabilidade ou incomunicabilidade dos rendimentos. O facto de o marido administrar os bens não significava que os rendimentos que eles produzissem fossem comuns. Se assim fosse qualquer pessoa que gerisse bens alheios (por mandato ou representação legal) adquiriria comunhão nos rendimentos dos bens administrados. E, por outro lado, levaria a que, mesmo no regime de comunhão geral, fossem próprios os rendimentos dos bens próprios do marido, já que é a ele que pertencia a administração dos mesmos. O facto de o marido administrar os bens da mulher não significava que os rendimentos desses bens não pertencessem a esta (como pertencem ao mandante ou ao incapaz os rendimentos dos bens administrados pelo mandante ou pelo tutor).

Além disso, não havia uma relação necessária entre a administração do marido e a comunicabilidade dos rendimentos (que levaria a que estes fossem comuns sempre que a administração coubesse ao marido). De facto, mesmo no regime da comunhão geral, nos termos do art. 1104.º, a mulher podia reservar para si, a título de alfinetes, uma parte dos rendimentos dos seus bens. Esta parte era propriedade da mulher muito embora o marido continuasse a administrar os bens necessários para produzir os referidos rendimentos. Por outro lado, se se entendesse que os rendimentos eram comuns porque era o marido que administrava, esta hipótese não previa a possibilidade

argumento dos defensores da tese da comunicabilidade, ao referir que "(...) é concludente que os rendimentos dos bens próprios de ambos os cônjuges são comuns" (*Direitos da Família...*, cit., p. 137).

²⁴⁶ Galvão Telles, "O problema da comunicabilidade dos rendimentos no regime de separação absoluta", *Jornal do Fôro*, ano 16.º, 1952, pp. 145-163.

de caber à mulher, na falta ou impedimento do marido (arts. 1117.º e 1189.º), a administração dos bens.

Para os defensores desta tese os arts. 1104.º e 1189.º aplicar-se-iam integralmente ao regime de separação absoluta. Utilizavam também a analogia com o disposto acerca dos rendimentos de bens próprios nos regimes de comunhão e dotal. Com efeito, nos outros regimes os rendimentos eram comuns (arts. 1109.º, 1130.º, 1153.º e 1162.º) e, não havendo norma expressa no regime de separação, dever-se-ia aplicar por analogia o mesmo entendimento. Porém, neste regime prevalecem sobre tais disposições as dos arts. 1127.º e 1128.º, das quais resulta que o marido e a mulher tinham, individualmente, livres poderes de disposição e, portanto, de administração, relativamente aos seus bens, com as excepções previstas no art. 1128.º. Por outro lado, não havia omissão ou lacuna dado que a situação estava prevista no referido art. 1127.º. Além de que, enquanto nos outros regimes existiam bens comuns, na separação absoluta não havia património comum. O facto de o art. 1128.º falar dos bens mobiliários da mulher separados da “comunhão” não significava que na separação absoluta houvesse comunhão (que poderia ser constituída pelos rendimentos). A expressão “comunhão” não se reportava ao património comum, próprio dos regimes de comunhão, mas à compropriedade. Tratava-se dos bens mobiliários que pertenciam aos cônjuges em compropriedade²⁴⁷.

Invocavam ainda os defensores da tese em causa, o art. 1230.º, que reconhecia à mulher o direito de embargar de terceiro em qualquer execução que incidisse sobre os rendimentos dos seus bens dotais ou próprios, administrados pelo marido, quando sujeita a estar privada dos necessários alimentos. Ora, se a mulher só podia embargar se estivesse em risco de ficar privada de alimentos, significava que os rendimentos eram comuns, pois se fossem próprios bastaria invocar tal titularidade para embargar, sem necessidade de alegar e provar que eles lhe fariam falta. Só que, como refere Galvão Teles, este argumento levaria a que nunca os rendimentos fossem comunicáveis (e, pelo menos, os rendimentos que a mulher reservasse a título de alfinetes – art. 1104.º-eram próprios). É que o art. 1230.º pressupunha que se tratasse de rendimentos comuns, que se penhoravam para pagamento de uma dívida, também da responsabilidade da mulher. Só neste caso é que, e apesar disso, a mulher poderia embargar com fundamento no facto de os rendimentos serem necessários à sua subsistência. O que, aliás, resultava também do art. 1042.º do Cód. de Processo Civil de 1939. Aliás, esta

²⁴⁷ V. também, Pires de Lima/Braga da Cruz, *ob. cit.*, p. 182.

disposição referia mesmo “ainda que (...) os rendimentos sejam comuns”, admitindo, portanto, que os mesmos pudessem ser próprios.

A segunda solução defendia que apenas eram comuns dois terços dos rendimentos da mulher, invocando que, nos termos do art. 1128.º, a mulher só podia dispor deles com o consentimento do marido, podendo este dispor dos mobiliários comuns, incluindo os rendimentos²⁴⁸. Também esta posição não parece aceitável. Com efeito, o facto de a mulher não poder dispor livremente dos rendimentos não os tornava comuns. Em todos os casos de incapacidade a pessoa está inibida de alhear bens próprios. No caso da mulher, os dois terços dos rendimentos eram também seus, mas ela não podia, por si só, dispor dos mesmos. Uma coisa é a titularidade (a quem pertencem os rendimentos) e outra a capacidade para dispor dos rendimentos. O facto de os rendimentos só poderem ser alienados com consentimento de ambos os cônjuges (capacidade)²⁴⁹ não significava que fossem comuns (titularidade). A admitir tal solução seria entender que também os capitais postos a juros e os bens imobiliários eram comuns no regime de separação absoluta, dado que estavam sujeitos ao mesmo regime dos dois terços dos rendimentos da mulher (art. 1128.º).

Finalmente, a terceira solução entendia que os rendimentos eram incomunicáveis no regime de separação. Para tal, apresentava Galvão Teles vários argumentos. Em primeiro lugar, a incomunicabilidade dos rendimentos resultava da própria natureza da separação absoluta. Se os rendimentos se comunicassem constituir-se-ia um património comum, em oposição à essência da separação absoluta. Conforme resultava do art. 1125.º, ou os nubentes nada declaravam, e aí haveria comunhão nos adquiridos, ou expressamente a excluía e não existiria património comum. Assim, estabelecendo-se a separação absoluta de bens os rendimentos não podiam comunicar-se. Além disso, se os rendimentos fossem comuns, também seriam comuns, por sub-rogação real, os bens adquiridos à sua custa, o que equivaleria a transformar a separação absoluta em comunhão de adquiridos. E, como referiam Pires de Lima e Braga da Cruz, o legislador “quis que a separação fosse um regime diferente e com caracteres próprios”²⁵⁰. Em segundo lugar, enquanto a lei nos regimes de comunhão, geral e de adquiridos, e no

²⁴⁸ Esta solução era referida também por Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, cit., vol. VI, pp. 485 e 486, que a atribui a Eduardo da Silva Carvalho. Porém, este último apenas defendia a comunicabilidade no regime de separação incompleta de bens e não na separação absoluta (v., Eduardo da Silva Carvalho, *ob. cit.*, vol. II, pp. 67-69).

²⁴⁹ Repare-se que actualmente não se trata de uma questão de capacidade mas de legitimidade. Porém, na altura, dada a situação da mulher casada tratar-se-ia de um problema de capacidade.

²⁵⁰ Pires de Lima/Braga da Cruz, *ob. cit.*, p. 183.

regime dotal expressamente declarava que os rendimentos dos bens próprios se comunicavam (arts. 1109.º, § único, 1130.º e 1153.º), na separação absoluta, onde tal disposição mais seria necessária, a lei não a fazia. Como resultava do art. 1127.º, cada um dos cônjuges conservava o domínio de tudo quanto lhe pertencia, ou seja, cada um dos cônjuges conservava tudo o que era seu, o que levasse para o casal e o que adquirisse mais tarde, incluindo os rendimentos. Nada se comunicava ao outro cônjuge. A este direito de propriedade reconhecido pelo art. 1127.º andava associado o direito de fruição que abrangia o direito de perceber todos os frutos naturais ou civis de coisa própria (arts. 2169.º, § 1.º, e 2287.º, § 1.º). A regra era a de que os rendimentos pertenciam ao proprietário. Solução diversa teria de ser estipulada por preceito legal expresso, como resultava do art. 2170.º, quanto aos limites impostos ao direito de propriedade, que, neste caso, não existia. O próprio art. 1128.º referia “a terça parte dos seus (*da mulher*) rendimentos”. Se estes fossem comuns a lei teria utilizado outra expressão. Em terceiro lugar, acrescentavam Pires de Lima e Braga da Cruz que, podendo a mulher alienar livremente a terça parte dos seus rendimentos, não havia comunhão quanto a essa parte, pois se fosse comum não podia ser alienada pela mulher (os mobiliários comuns, destinados ao sustento do lar, só podiam ser alienados pelo marido como administrador dos bens do casal)²⁵¹. Quanto aos outros dois terços, também não podiam ser comuns. Com efeito, se o fossem, o art. 1118.º, referindo-se aos mobiliários comuns, regularia a sua alienação, e, assim, as duas terças partes dos rendimentos poderiam ser alienadas pelo marido sem necessidade do consentimento da mulher. Todavia, o art. 1128.º, § único, mandava aplicar o art. 1119.º, exigindo, portanto, a outorga da mulher. Por isso, não quis a lei considerar comuns tais rendimentos, pois se o quisesse mandaria aplicar o art. 1118.º e não o art. 1119.º. Finalmente, o próprio art. 1129.º, ao regular o passivo na separação absoluta, não fazia qualquer referência a bens comuns, como deveria fazer caso existissem²⁵².

A esta posição poderia opor-se o argumento de que tornar-se-ia frágil a satisfação das necessidades económicas do casal. Porém, os cônjuges estavam obrigados à prestação recíproca de alimentos, devendo contribuir na medida das suas possibilidades para o

²⁵¹ Pires de Lima/Braga da Cruz, *ob. cit.*, pp. 182 e 183.

²⁵² V. também, José Augusto do Nascimento, *ob. cit.*, pp. 304-306.

sustento de ambos. Os rendimentos podiam permanecer próprios e com eles contribuírem para as despesas domésticas²⁵³.

Regressamos agora à questão das dívidas contraídas em proveito comum no regime de separação de bens. Para Pereira Coelho a possibilidade de existirem dívidas contraídas em proveito comum no regime de separação punha-se tanto para as dívidas anteriores como para as posteriores ao casamento, e a solução deveria ser a mesma nos dois casos²⁵⁴. Cabe, portanto, aferir o regime destas últimas.

Nos termos do art. 1129.º, § 2.º, do Cód. de Seabra, “as dívidas contraídas durante o matrimónio serão pagas por ambos os cônjuges, se conjuntamente a isso se obrigaram”²⁵⁵. O serem “pagas por ambos os cônjuges” significava que o pagamento de tais dívidas era efectuado quer pelos bens comuns (adquiridos), havendo-os, quer pelos bens próprios de cada um dos cônjuges, mas por metade, ou seja, cada um dos cônjuges apenas seria responsável pelo pagamento de metade da dívida, não podendo cada um dos cônjuges ser responsável pela totalidade como acontecia no regime de comunhão geral, não sendo de aplicar, por não haver solidariedade, o art. 1113.º, § 2.º. Os cônjuges eram devedores conjuntos, nos termos gerais de direito (arts. 731.º e 757.º)²⁵⁶.

“Se se tiver obrigado só o marido, ou só a mulher com autorização dele, respondem pelas obrigações contraídas todos os bens próprios do cônjuge que se obrigou” (art. 1129.º, § 3.º)²⁵⁷. Se apenas o marido contraiu a dívida, e para não prejudicar a mulher, é justo que sejam apenas responsáveis os bens próprios do devedor. Se foi a mulher quem se obrigou, com autorização do marido²⁵⁸, respondiam por essas dívidas todos os seus bens próprios (ou a meação nos bens comuns), nos termos do § 3.º do art. 1129.º e

²⁵³ Na jurisprudência, o ac. do STJ, de 27.07.1934 (*Col. Of.*, ano 33.º, 1934, p. 217), defendeu também a tese da incommunicabilidade, ao referir os “rendimentos próprios” da mulher.

²⁵⁴ Pereira Coelho, *Curso...*, *cit.*, 1965, pp. 326 e 327.

²⁵⁵ Como referia Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, *cit.*, vol. VI, p. 505, a expressão “conjuntamente (...) se obrigaram” deveria entender-se como a obrigação que foi contraída pelos cônjuges conjunta ou solidariamente. Apresentava como alguns exemplos os seguintes casos: “a) quando o marido sacou uma letra sobre a mulher, letra que esta aceitou, achando-se ambos em lugares diversos, pois deve considerar-se a mulher implicitamente autorizada pelo marido para apôr o seu aceite; b) quando marido e mulher forem co-herdeiros duma herança onerada com dívidas e por ambos aceita; c) quando a dívida fôr contraída só por um deles, mas *em proveito comum*, como são tôdas as dívidas de fornecimentos de mantimentos, medicamentos, renda da casa, e outras *despesas do lar*; d) quando a dívida é relativa a bens comuns, por exemplo, a de impostos lançados a estes bens ou de culturas e bemfeitorias nêles feitas; e) quando o marido fôr sócio de uma sociedade em nome colectivo ou contrair alguma obrigação que se presume ou se prova ter revertido em proveito de ambos os cônjuges; etc.”.

²⁵⁶ Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, *cit.*, vol. VI, p. 506. Contra, Eduardo da Silva Carvalho, *ob. cit.*, vol. II, p. 115.

²⁵⁷ Como referia Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, *cit.*, vol. VI, p. 506, o legislador só se referiu às obrigações contratuais, sendo que o pagamento das obrigações extracontratuais terá de ser feito da mesma forma.

²⁵⁸ Trata-se de uma autorização “formularia” (Eduardo da Silva Carvalho, *ob. cit.*, vol. II, p. 108), em que o marido não se obriga conjuntamente com a mulher em virtude dessa autorização.

1198.º. De facto, o marido apenas não era responsável pela dívida no regime da separação e quando a obrigação da mulher respeitasse a bens ou interesses exclusivamente privativos desta²⁵⁹.

No caso de dívida contraída pelo marido com autorização da mulher (art. 1129.º, § 3.º), chegou a sustentar-se que tal autorização (que não era necessária) deveria interpretar-se no sentido de que a mulher quis obrigar-se conjuntamente com o marido, pelo que ao pagamento da dívida ficariam obrigados os bens de ambos os cônjuges, nos termos do § 2.º do art. 1129.º, salvo se fosse feita uma declaração expressa de que ela não assumia qualquer responsabilidade pessoal²⁶⁰. Todavia, a mulher podia não ter tido qualquer intenção de se obrigar conjuntamente com o marido quando o autorizou a contrair a dívida (p. ex., por ignorar que sem tal consentimento a dívida do marido era na mesma válida). Importava, portanto, saber qual a intenção da mulher. Por isso, em princípio, pelas dívidas contraídas pelo marido com autorização da mulher respondiam os bens próprios dele²⁶¹.

Pelas dívidas incomunicáveis contraídas ao longo do casamento respondiam não só todos os bens próprios do cônjuge devedor, nos termos do § 3.º do art. 1129.º, mas também a sua meação nos bens comuns, se existissem. Tal meação poderia ser imediatamente executada ou estar sujeita à moratória, consoante fosse de aplicar os arts. 1114.º, §§ 1.º e 2.º, ou o art. 10.º do Cód. Comercial²⁶².

Importa ainda referir que “se a mulher se [tivesse] obrigado sem autorização do marido, só [respondiam] pelas obrigações contraídas os bens próprios dela, cuja livre alienação lhe [era] permitida pelo art. 1128.º” (art. 1129.º, § 4.º). Tratava-se de uma

²⁵⁹ Como referia Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, cit., vol. VI, pp. 506 e 507, a mulher podia incorrer em muitas obrigações pessoais, que não dependiam de autorização marital e algumas das quais oneravam directamente os seus bens (p. ex., dívidas de impostos que recaíam sobre os seus bens próprios, as dívidas provenientes de custas, multas, crimes ou outros factos ilícitos, as dívidas de foros, censos ou quinhões, que são encargos normais dos seus bens, as dívidas provenientes de actos ou contratos independentes de autorização marital). Nestes casos, os bens próprios da mulher respondiam pela dívida, não podendo o marido opor-se à execução de tais bens por a obrigação não ter sido por ele autorizada.

²⁶⁰ Nesse sentido, Dias Ferreira, *ob. cit.*, pp. 350 e segs. e p. 374, Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, cit., vol. VI, p. 507, e Pinto Coelho, *ob. cit.*, pp. 331 e segs. Eduardo da Silva Carvalho, *ob. cit.*, vol. I, p. 119, nota 3, começou por notar que, como o marido, em qualquer regime de bens, não precisava da outorga da mulher para contrair dívidas, pelas quais responsabilizava bens seus, no casamento com separação de bens a mulher responsabilizava-se sempre que outorgasse nas dívidas feitas pelo marido. Porém, alterou depois a sua posição, na mesma obra, vol. II, pp. 110 e 111, passando a entender que a autorização da mulher não a responsabilizava, e por tais dívidas respondiam apenas os bens próprios do cônjuge devedor (e a meação nos comuns).

²⁶¹ Cfr., entre outros, Pires de Lima/Braga da Cruz, *ob. cit.*, pp. 189 e segs., e Pereira Coelho, *Curso...*, cit., 1965, pp. 325 e segs.

²⁶² Neste sentido, Eduardo da Silva Carvalho, *ob. cit.*, vol. II, pp. 107 e 108, e Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, cit., vol. VI, pp. 507 e 508. O § 3.º do art. 1129.º não pretendeu afastar da penhora a meação do cônjuge devedor nos bens comuns adquiridos (ou outros bens indivisos). Quis apenas demonstrar que não era comum a responsabilidade das dívidas a que se referia. Contra, Dias Ferreira, *ob. cit.*, pp. 354 e 355.

excepção ao art. 1193.^{o263}. Se no regime de comunhão de bens a mulher não podia contrair dívidas sem autorização marital, não sendo válidas as que contraísse (salvo se o marido estivesse ausente ou impedido, nos termos dos arts. 1113.^o e 1116.^o, casos em que as dívidas seriam comuns, responsabilizando os bens comuns e os bens próprios de ambos os cônjuges), no de separação de bens a mulher podia contrair dívidas próprias não só com autorização do marido, nos termos do art. 1129.^o, § 3.^o, como também sem essa autorização, no caso do § 4.^o do mesmo artigo. Quanto aos bens responsáveis previstos no § 4.^o, tendo o legislador permitido à mulher a livre alienação desses bens (art. 1128.^o), tinha também logicamente que admitir que ela os obrigasse, contraindo dívidas.

Problemas também se colocavam em relação às dívidas contraídas pela mulher, sem autorização do marido, mas com suprimento judicial dessa autorização²⁶⁴, no sentido de se responsabilizar também o marido (admitindo ou não que tal suprimento ocupasse o lugar da autorização e, nesse sentido, produzisse os mesmos efeitos de responsabilização de ambos os cônjuges). Entendia-se que a mulher, nesses casos, responsabilizaria os seus bens próprios e apenas responsabilizaria os bens comuns se as dívidas procedessem de obrigações comuns ou revertissem em benefício comum (por aplicação do art. 1199.^o, aplicável a qualquer regime de bens)²⁶⁵.

²⁶³ Art. 1193.^o: “A mulher não pode, sem autorização do marido, adquirir, ou alienar bens, nem contrair obrigações, excepto nos casos em que a lei especialmente o permite (...)”.

A mulher tinha a administração da terça parte dos seus rendimentos e dos seus mobiliários (art. 1128.^o) e podia contrair validamente obrigações relativas a esses bens, sem autorização marital (Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, cit., vol. VI, p. 508). Acrescenta o autor que o § 4.^o do art. 1129.^o só teria aplicação quando o marido estivesse em situação de poder autorizar os actos da mulher, pois se ele estivesse ausente ou impedido, como previa o art. 1189.^o, a obrigação já responsabilizaria todos os outros bens próprios da mulher, ou seja, a dívida seria incluída no § 3.^o do art. 1129.^o.

²⁶⁴ Um outro problema que aqui se colocava era o de saber se respondiam nesse caso todos os bens da mulher ou só aqueles de que ela, nos termos do art. 1128.^o, podia dispor livremente, ou seja, seria de aplicar o § 3.^o ou o § 4.^o do art. 1129.^o? No entendimento de Pereira Coelho, *Curso...*, cit., 1965, p. 329, uma dívida contraída pela mulher com suprimento judicial da autorização do marido era uma dívida contraída sem autorização do marido, pelo que estava fora do âmbito quer do § 4.^o quer do § 3.^o do art. 1129.^o. Contudo, entendia que o suprimento deveria ter algum sentido útil, o que não aconteceria se se aplicasse a tais dívidas o § 4.^o, pois aí responderiam por elas apenas “bens que já respondiam” mesmo que não tivesse havido suprimento. Aliás, o suprimento valia como autorização, destinando-se a substituí-la. Deve ainda notar-se que em todos os outros regimes, havendo suprimento judicial, seriam responsáveis, pelo menos, todos os bens do cônjuge devedor. Assim, pelas dívidas contraídas pela mulher com suprimento judicial da autorização do marido respondiam só os bens dela, em princípio, mas todos eles.

No mesmo sentido, Pires de Lima/Braga da Cruz, *ob. cit.*, pp. 192 e 193. Contra, Dias Ferreira, *ob. cit.*, p. 354.

²⁶⁵ V., Pereira Coelho, *Curso...*, cit., 1965, pp. 328 e 329. Contra, Pires de Lima/Braga da Cruz, *ob. cit.*, pp. 191 e 192, argumentando que se o marido não respondia pelas dívidas que a mulher contraísse com autorização dele, por maioria de razão não responderia quando não autorizou a dívida e esta foi contraída com suprimento judicial. Todavia, e admitindo a aplicação do § 2.^o do art. 1110.^o ao regime de separação de bens, o marido respondia também no regime de separação pelas dívidas que a mulher contraísse, com ou sem autorização dele, em proveito comum dos cônjuges.

Importa ainda fazer uma última referência às dívidas provenientes de juros, censos e quinhões vencidos depois da aquisição dos bens (incomunicáveis) que onerarem e às dívidas que resultarem de crimes, como as respeitantes a multas e custas, ou de factos ilícitos, como as de jogo e libertinagem. Quanto às primeiras, havia quem, invocando o art. 1115.º, § 2.º, e considerando os rendimentos como bens comuns, mesmo no regime de separação de bens, considerasse comuns as dívidas provenientes de juros, censos e quinhões que oneravam bens próprios (por serem comuns os rendimentos provenientes desses bens)²⁶⁶. Outros, porém, negando a comunicabilidade dos rendimentos, afirmavam o carácter próprio de tais dívidas²⁶⁷.

Quanto às dívidas provenientes de crimes ou factos ilícitos, eram consideradas dívidas próprias do cônjuge que cometeu o acto, nos termos do art. 1115.º. Não havia disposição especial reguladora desta matéria no regime de separação de bens, entendendo-se, assim, ser de aplicar o art. 1115.º, respondendo os bens próprios do cônjuge em causa (e a sua meação nos bens comuns), o que se articulava com os arts. 2375.º e 2376.º, que responsabilizavam os bens do delinquent (tanto os seus próprios como a meação nos comuns)²⁶⁸. De igual modo também não se comunicavam as dívidas que onerassem bens incomunicáveis, nos termos do art. 1115.º, § 2.º, 1.ª parte²⁶⁹.

Como vimos, nos termos do art. 1129.º, § 3.º, se se tivesse obrigado só o marido, ou só a mulher com autorização dele, respondiam pelas obrigações contraídas todos os bens próprios do cônjuge que se obrigou. Mas também seria assim se a dívida fosse contraída em proveito comum do casal?

A questão era, como referimos, objecto de duas diferentes soluções. A doutrina dominante entendia que no regime de separação absoluta de bens não havia nem podia haver dívidas aplicadas em proveito comum do casal. De facto, nos outros regimes há um património especialmente afectado às despesas comuns do casal, e é esse património que responde pelas dívidas contraídas em vista de tal fim. Pelo contrário, no regime de separação de bens as relações patrimoniais entre os cônjuges limitam-se à exigência, que em certos casos se faz, da autorização mútua. Em tudo o resto, os cônjuges vivem

²⁶⁶ Eduardo da Silva Carvalho, *ob. cit.*, vol. II, pp. 116 e 117. Por essas dívidas respondiam os bens comuns, por aplicação do art. 1114.º, § 2.º, salvo a hipótese de se tratar de separação de bens absoluta, na qual tais dívidas deviam considerar-se próprias, sendo pagas pelos bens próprios do cônjuge devedor, nomeadamente, pelos respectivos rendimentos.

²⁶⁷ Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, *cit.*, vol. VI, pp. 505 e 506. Entende o autor que as dívidas de foros, censos... são “privilegiadas”, recaem directamente nos prédios onerados, que podem ser logo penhorados em acção executiva e não podem ser exigidas ao outro cônjuge a pretexto de que ele participa dos rendimentos.

²⁶⁸ Eduardo da Silva Carvalho, *ob. cit.*, vol. II, pp. 111 e 112.

²⁶⁹ Eduardo da Silva Carvalho, *ob. cit.*, vol. II, p. 112.

com independência um do outro. Assim, as dívidas serão, em princípio, contraídas em proveito próprio. O outro cônjuge é, quando muito, um beneficiário indirecto. O facto de a dívida ser aplicada em proveito comum levaria a impor a responsabilidade de qualquer pessoa, fora mesmo do domínio das relações matrimoniais, quando alguém contraísse uma dívida em seu benefício²⁷⁰. Ora, o benefício que resulta para o outro cônjuge não justifica que a dívida se considere comum. Para tal a lei teria de o dizer expressamente.

Pereira Coelho, por sua vez, entendia ser um exagero equiparar a posição dos cônjuges entre si à posição de dois estranhos, esquecendo a íntima solidariedade que existe entre eles²⁷¹. Aliás, o princípio da responsabilidade de ambos os cônjuges pelas dívidas contraídas em proveito comum justificar-se-ia por essa solidariedade que deriva da própria relação matrimonial, independentemente do regime de bens²⁷². É claro que a noção de proveito comum teria de ser convenientemente aplicada no regime de separação de bens, dado que, sendo os bens e os rendimentos próprios, haveria, naturalmente, muito menos dívidas aplicadas em proveito comum. Não basta haver um benefício indirecto. Mas não pode negar-se a possibilidade de um dos cônjuges receber benefício directo de uma dívida contraída pelo outro, mesmo no regime de separação de bens.

Em resumo, poder-se-á dizer que, à luz do Cód. de Seabra, e no regime de separação, eram incomunicáveis: as dívidas contraídas antes do casamento, salvo se ambos os nubentes se obrigassem ou se fossem contraídas em proveito comum do casal; as dívidas contraídas depois do casamento pelas quais só se obrigou o marido, ou só a mulher com autorização marital ou só a mulher sem autorização (sendo duvidosa a questão das dívidas contraídas pela mulher com suprimento judicial e as contraídas pelo marido com autorização da mulher). Pelo contrário, eram comunicáveis as dívidas contraídas no decurso do casamento por ambos os cônjuges (ou a que ambos se obrigaram) e as contraídas em proveito comum.

Repare-se que, e como já referimos, no regime de separação de bens as dívidas da responsabilidade de ambos os cônjuges eram conjuntas. O § 2.º do art. 1129.º, contrariamente ao § 1.º do art. 1113.º, não mandava responder, indiferentemente, os

²⁷⁰ V., Pinto Coelho, *ob. cit.*, p. 334, e Pires de Lima/Braga da Cruz, *ob. cit.*, pp. 187 e segs. Neste sentido também se pronunciou alguma jurisprudência, como, p. ex., os ac. do STJ, de 28.02.1930 (*Revista dos Tribunais*, ano 48.º, 1930, pp. 71 e 72); e de 17.05.1935 (*Revista de Justiça*, ano 20.º, 1935, p. 151).

²⁷¹ Pereira Coelho, *Curso...*, *cit.*, 1965, pp. 326 e 327.

²⁷² Cfr. a redacção dada pelo Cód. Civil de 1966 ao art. 1691.º, n.º 1, al. c).

bens de qualquer dos cônjuges, dispondo apenas que respondiam os bens de ambos os cônjuges, pelo que tais dívidas seriam conjuntas (e idêntica solução adoptou o actual art. 1695.º, n.º 2)²⁷³.

Para terminar esta abordagem geral do regime da responsabilidade por dívidas à luz do Cód. Civil de 1867, resta uma breve referência ao regime dotal²⁷⁴.

O Cód. de Seabra não se referia ao passivo no regime dotal, salvo no art. 1149.º, § 3.º (“Os bens imobiliários são inalienáveis, excepto se for: (...) 3.º Para pagamento de dívidas da mulher, ou de quem a dotou, anteriores ao casamento, se constarem de documento autêntico ou autenticado, e não puderem ser pagas por outros bens; (...)”). Por isso, aplicavam-se-lhe, supletivamente, as disposições da comunhão geral²⁷⁵. Na verdade, o regime dotal era, fundamentalmente, um regime de comunhão de adquiridos, isto é, um regime em que havia bens próprios da mulher, próprios do marido e comuns²⁷⁶. Como vimos, ao regime da comunhão de adquiridos aplicavam-se as regras do regime da comunhão geral; daí a mesma aplicação ao regime dotal. De qualquer forma, importa também aqui distinguir as dívidas anteriores e posteriores ao casamento. Pelas primeiras, para além da aplicação do art. 1110.º e dos arts. 1112.º e 1113.º, consoante a dívida fosse incomunicável ou comunicável, e do art. 1133.º, se a dívida tiver sido contraída pela mulher, respondiam os bens dotais nos termos do já referido § 3.º do art. 1149.º, isto é, seria necessário executar previamente todo o património levado

²⁷³ Contra, Eduardo da Silva Carvalho, *ob. cit.*, vol. II, pp. 113-117.

²⁷⁴ Tal regime vigorou até à Reforma de 1977. Proibida a discriminação jurídica entre os sexos (art. 36.º, n.º 3, da CRP de 1976), a alternativa era alargar a possibilidade do dote ao marido ou suprimir a figura (que foi o que a Reforma de 1977 fez).

O regime dotal era caracterizado pela existência de um património (o dote), formado por bens da mulher e sujeito a um regime especial, cujas especificidades (inalienabilidade, imprescritibilidade, irresponsabilidade por dívidas...) se justificavam pela ideia de garantir a mulher casada contra a má administração do marido. À parte o dote, o regime dotal era um regime de simples comunhão de adquiridos (Pires de Lima/Braga da Cruz, *ob. cit.*, pp. 242 e segs., e Pereira Coelho, *Curso...*, *cit.*, 1965, p. 331), em que havia ou podia haver bens comuns e bens próprios de cada um dos cônjuges, ao qual se aplicavam as disposições do regime de comunhão de adquiridos. Quanto aos problemas colocados pela natureza do regime dotal, v., Pires de Lima, “Anotação ao ac. do STJ, de 17 de Maio de 1940”, *RLJ*, ano 73.º, 1940/41, pp. 280-285, e “Natureza do regime dotal”, *loc. cit.*, pp. 5-9.

²⁷⁵ Tal entendimento não era perfilhado por Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, *cit.*, vol. VI, p. 660.

²⁷⁶ Em sentido contrário, v., Cunha Gonçalves, *Direitos da Família...*, *cit.*, p. 145, para quem o regime dotal era um regime de separação de bens, embora pudessem haver nele alguns bens comuns. Aquilo que o distinguia do regime de separação era apenas o facto de no regime dotal existir dois grupos de bens separados pertencentes à mulher, os bens dotais e os bens parafernais ou extradotais. Invocava também, para defesa da sua tese, o art. 1198.º que apresentava soluções idênticas para o regime de separação e o regime dotal, distinguindo-os do regime de comunhão (p. 268). Considerando também ser o regime de separação de bens o que mais se aproxima do dotal, v., José Mendes Martins, *ob. cit.*, pp. 19-22. Aliás, no projecto primitivo, de 1858, o art. 1296.º, correspondente ao art. 1221.º do Cód. de Seabra, dispunha que “se a mulher fôr casada segundo o regime dotal, ou outra especie de separação...”. Porém, na segunda edição do mesmo projecto, em 1859, o autor do código alterou a redacção, passando a dispor que “se a mulher fôr casada segundo o regime dotal, ou outra especie de comunhão...”. A comissão revisora manteve, contudo, a versão do projecto primitivo de 1858 que foi mantida em todos os projectos subsequentes.

pela mulher para o casal, e que não fosse havido por dotal, para se poder executar este. Sendo as dívidas posteriores ao casamento, os bens dotais não respondiam por elas, nem os móveis nem os imóveis²⁷⁷. Porém, uma vez desaparecido o ónus dotal, nada obstava a que os bens dotais fossem executados pelas dívidas contraídas pela mulher na constância do matrimónio²⁷⁸.

2. Responsabilidade por dívidas dos cônjuges no Cód. Civil de 1966 e as alterações introduzidas pela Reforma de 1977. Algumas notas de direito comparado.

2.1 Introdução

Ficou a dever-se a Pires de Lima²⁷⁹ a ideia de concentrar num único título do projectado Cód. Civil, aplicável por igual a todos os regimes de bens, as disposições referentes à capacidade patrimonial dos cônjuges, dispensando, assim, a repetição inútil de preceitos legislativos, ou a necessidade da sua aplicação analógica, de regime para regime, na regulamentação concreta dos vários regimes de bens.

No domínio das relações familiares, um dos sinais característicos do projecto do Cód. Civil de 1966 era a maior independência e autonomia da mulher casada e a sua progressiva emancipação económica²⁸⁰. Tal fenómeno, entre outros, foi destruindo a

²⁷⁷ Contra, Pires de Lima/Braga da Cruz, *ob. cit.*, p. 255, ao referirem que o marido podia alienar livremente os mobiliários dotais (art. 1148.º) e, assim, tais bens deveriam responder, em princípio, pelas dívidas do marido contraídas sem outorga da mulher. Também, José Augusto do Nascimento, *ob. cit.*, p. 358.

Repare-se que os rendimentos dos bens dotais eram, por seu lado, penhoráveis durante o casamento, na parte necessária para os alimentos da mulher dotada (e das pessoas a quem ela devesse sustentar – arts. 1266.º e 1230.º).

²⁷⁸ Neste sentido, cfr. Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, *cit.*, vol. VI, pp. 664 e segs., Barbosa de Magalhães, “Responsabilidade dos bens dotais, extinto o ónus, por débitos contraídos pela mulher na constância do matrimónio”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 19.º, 1959, pp. 116-126, e Pereira Coelho, *Curso...*, *cit.*, 1965, p. 338. V. também, sobre esta questão, Gonçalves Pereira, “Regimes convencionais. Anteprojecto para o novo Código Civil”, *BMJ*, n.º 122.º, 1963, pp. 339 e segs.

Não abordaremos, em particular, a responsabilidade por dívidas no regime dotal dado não apresentar qualquer interesse para a regulação actual prevista no Cód. Civil, nem influenciou a presente regulamentação. Para mais, aplicando ao regime dotal, salvo a norma específica do art. 1149, § 3.º, seja as normas da separação de bens (Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, *cit.*, vol. VI, p. 600) ou as normas da comunhão, a responsabilidade por dívidas regular-se-á por estes regimes que, estes sim, foram já objecto de análise.

²⁷⁹ Pires de Lima, “Anteprojecto de dois títulos do novo Código Civil...”, *loc. cit.*, pp. 19-25.

²⁸⁰ Como se lê no *Projecto de Código Civil*, *cit.*, p. XXX, os sinais mais característicos da altura, no seio da família, podiam resumir-se nos seguintes: maior independência da mulher casada ligada à sua progressiva emancipação económica; maior liberdade dos filhos, como consequência do absentismo dos pais e de outros factores, e maior desagregação do núcleo familiar; a ideia do

antiga concepção patriarcal, autoritária do grupo familiar, assente na superioridade conjugal do marido (e na autoridade soberana do pai). No âmbito das relações pessoais e patrimoniais entre os cônjuges, o novo código amplia os poderes da mulher casada, eliminando certas limitações infundadas à sua capacidade, ao mesmo tempo que eleva à categoria de regime supletivo de bens o sistema da comunhão de adquiridos em lugar da comunhão geral. Porém, apesar de considerar a maior independência da mulher casada como um dos sinais mais característicos dos tempos modernos, o projecto não aceitou as profundas consequências que esse movimento implica no domínio das relações familiares²⁸¹. De facto, o projecto não foi “até ao extremo absurdo de proclamar a igualdade jurídica dos cônjuges, a qual acabaria por destruir a necessária unidade da família, além de esquecer a profunda desigualdade natural dos dois sexos, que está na base da união matrimonial.”²⁸². Foi em nome dessa unidade familiar que o Cód. Civil de 1966 continuou a aceitar o princípio da chefia do marido e a manter certas restrições na esfera pessoal e patrimonial da mulher casada.

Mas, ao reconhecer a igual dignidade dos cônjuges dentro das funções específicas do lar, procurou-se eliminar as limitações exclusivamente fundadas na pretensa superioridade natural do marido, mantendo a supremacia da mulher no governo doméstico e lançando sobre o marido a principal responsabilidade pelo sustento económico da família (arts. 1677.º e 1879.º do Cód. Civil de 1966). O poder de decisão nos assuntos de interesse comum e o direito de representação da família continuavam a pertencer ao marido, sem quebra da dignidade da mulher que deveria ser ouvida acerca deles (art. 1880.º do Cód. Civil de 1966).

Reconheceu, de facto, o legislador que “não seria difícil prognosticar as controvérsias e as dúvidas a que daria lugar, em muitos casos, a simples proclamação legal da regra da *direcção conjunta* da sociedade conjugal (...)”²⁸³.

A Reforma de 1977 traduziu essencialmente a adaptação do Cód. Civil à CRP, pautada pelo princípio da igualdade dos cônjuges (art. 36.º, n.º 3, da CRP). Tal igualdade teve, obviamente, reflexos nas relações pessoais entre os cônjuges (arts. 1671.º e segs.) e nas relações paterno-filiais e exercício do poder paternal, mas também no domínio das relações patrimoniais entre os cônjuges, nomeadamente, no campo da

poder paternal como um dever, uma função imposta pelo direito natural e não uma simples situação jurídica que resulta dos vínculos da procriação.

²⁸¹ Eliana Gersão, “A igualdade jurídica dos cônjuges”, *RDES*, ano 13.º, 1966, p. 25.

²⁸² V., *Projecto de Código Civil*, cit., p. XXXI.

²⁸³ *Projecto de Código Civil*, *ibidem*.

administração e disposição dos bens do casal (desaparece a figura do marido como único administrador dos bens, surgindo dois administradores com poderes administrativos próprios e com poderes de disposição) e da responsabilidade por dívidas (se, mesmo à luz do Cód. Civil de 1966, ambos os cônjuges tinham legitimidade para contrair dívidas, tal regra pouco significava para a mulher que tinha limitados poderes administrativos).

A regulamentação do regime da responsabilidade por dívidas no âmbito das disposições gerais reguladoras dos efeitos patrimoniais do casamento contrasta com a regulamentação apresentada noutros ordenamentos jurídicos. Com efeito, nos direitos francês, italiano, espanhol e alemão o regime da responsabilidade por dívidas é regulado em função de cada regime de bens. Exceptua-se, como veremos, as dívidas contraídas para ocorrer ao sustento e às necessidades da vida familiar, reguladas numa parte geral aplicável a todos os regimes de bens.

O Cód. Civil francês regula o regime da responsabilidade por dívidas consoante o regime de bens vigente no casamento²⁸⁴. Contudo, os arts. 214.º a 226.º do Cód. Civil francês regulam o chamado “estatuto imperativo de base”²⁸⁵, ou seja, as regras básicas que constituem a sub-estrutura de todos os regimes matrimoniais. A regulamentação deste estatuto visa uma dupla preocupação do legislador: por um lado, assegurar um mínimo de comunhão de interesses pecuniários que, em qualquer regime, mesmo de

²⁸⁴ Já em 1804 o Cód. Civil francês regulava o regime da responsabilidade por dívidas em termos semelhantes. A lei de 1965 veio simplificar o regime aí vigente, suprimindo, na medida do possível, as diferenças entre as dívidas contraídas pelo marido e pela mulher.

²⁸⁵ M. Grimaldi, *et alii*, *Droit patrimonial de la famille*, Paris, Dalloz, 1998, p. 7, refere-o como “*régime primaire impératif*”. Porque não se trata de um regime matrimonial suficiente para regular as relações patrimoniais entre os cônjuges, que as deverão sujeitar a um dos regimes previstos nos arts. 1387.º e segs. do Cód. Civil francês, certos autores denominam-no de “*statut impératif de base*”. Acrescenta ainda o autor citado (p. 8) que pode distinguir-se, neste regime primário, as normas aplicáveis a todos os casamentos, seja no seu decurso normal seja em períodos de crise matrimonial, e que constituem o Direito comum do estatuto de base, e as normas, destinadas a completar o estatuto geral, aplicáveis a certas categorias profissionais (agricultores, por um lado, e comerciantes e artesãos, por outro lado – Leis de 4 de Julho de 1980 (arts. 789.º-1 e L. 411-68 do *Code rural*) e de 10 de Julho de 1982 (art. 9.º da Lei 82-596), respectivamente, destinadas a resolver os problemas colocados pela colaboração profissional dos cônjuges numa actividade comum em benefício da família). Sobre estas leis, v., Cornu, *Les régimes matrimoniaux*, 9.ª ed., Paris, Puf, 1997, pp. 135-145, e Goubeaux/Voirin, *Droit Civil*, tomo 2, 19.ª ed., Paris, LGDJ, 1997, pp. 28-33. Também o denominam de “*régime primaire impératif*”, Cornu, *ob. cit.*, p. 81, F. Lucet/B. Varelle, *Droit Civil. Régimes matrimoniaux, libéralités, successions*, 2.ª ed., Paris, Dalloz, 1997, p. 30, e Montanier, *Les régimes matrimoniaux*, 4.ª ed., Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 2003, p. 19. Carbonnier, *Droit Civil. La famille. L'enfant, le couple*, vol. 2, 20.ª ed., Paris, Puf, 1999, p. 465, fala em “*effets directs du mariage sur les biens*”.

separação, o casamento implica²⁸⁶; e, por outro lado, assegurar a autonomia dos cônjuges em qualquer regime de bens, mesmo nos de comunhão²⁸⁷.

As dívidas referidas no art. 220.º do Cód. Civil francês, aplicável a qualquer regime de bens, responsabilizam solidariamente os cônjuges qualquer que seja o regime de bens.

No regime de comunhão legal (arts. 1400.º e segs. do Cód. Civil francês), e relativamente à repartição do passivo, a doutrina francesa distingue as dívidas perfeitamente comuns e as imperfeitamente comuns, ou seja, o passivo definitivo e o provisório da comunhão²⁸⁸. Há, com efeito, dívidas que só são comuns porque à comunhão pode exigir-se o pagamento ainda que, definitivamente, incumbam a um património próprio. A comunhão que as pagou tem direito a uma compensação sobre o património próprio de um dos cônjuges²⁸⁹. São as dívidas imperfeitamente comuns ou comuns mediante compensação. A estas opõem-se as dívidas perfeitamente comuns que constituem o passivo definitivo da comunhão. Em todo o caso, todas as dívidas comuns são também dívidas pessoais do cônjuge que as contraiu.

Esta distinção conduz à diferenciação entre *droit de poursuite* ou *obligation aux dettes* (que nos parece poder ser traduzido como direito de execução) e a *contribution aux dettes* (contribuição definitiva para a dívida), ou seja, tratar-se-á de saber qual o

²⁸⁶ Pense-se, p. ex., nas normas relativas à protecção da casa de morada da família (art. 215.º do Cód. Civil francês), à responsabilidade pelas despesas domésticas e educação dos filhos (art. 220.º do Cód. Civil francês), bem como as normas relativas aos poderes de disposição dos cônjuges (arts. 216.º a 219.º e 220.º-1 a 220.º-3 do Cód. Civil francês).

²⁸⁷ Visando a independência dos cônjuges, pode referir-se as normas relativas ao exercício de uma profissão (art. 223.º do Cód. Civil francês) ou quanto aos poderes de cada um dos cônjuges sobre certos bens (arts. 221.º e segs. do Cód. Civil francês). V., por todos, quanto ao estatuto imperativo de base, M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 9 e segs., e A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, pp. 31 e segs.

²⁸⁸ Sobre as diferentes categorias de dívidas e a respectiva distinção entre passivo definitivo e provisório da comunhão, v., entre outros, Baudry-Lacantinerie/J. Le Courtois/F. Surville, *ob. cit.*, pp. 429 e segs., Planiol/Ripert, *Traité pratique de Droit Civil français...*, *cit.*, pp. 333 e segs., e *Traité élémentaire...*, *cit.*, pp. 137 e segs., Beudant, *ob. cit.*, pp. 284 e segs., Savatier, *La communauté conjugale nouvelle*, Paris, Dalloz, 1970, pp. 236 e segs., Aubry/Rau, *ob. cit.*, pp. 310-343, Patarin/Morin, *La réforme des régimes matrimoniaux. Statut fondamental et régime légal*, tomo I, 4.ª ed., Paris, Répertoire du Notariat Defrénois, 1977, pp. 202 e segs., Henri Mazeaud, *et alii*, *Leçons de Droit Civil. Régimes matrimoniaux*, *cit.*, pp. 265 e segs., Rieg/Lotz, *Technique des régimes matrimoniaux*, 2.ª ed., Paris, Litec, 1984, pp. 239-255, F. Terré/Ph. Simler, *Droit Civil. Les régimes matrimoniaux*, 2.ª ed., Paris, Dalloz, 1994, pp. 288 e segs., Flour/Champenois, *ob. cit.*, pp. 355 e segs., Cornu, *ob. cit.*, pp. 308 e segs., M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 172 e segs., Jean Champion, *Régimes matrimoniaux et contrats de mariage*, 9.ª ed., Paris, Delmas, 1998, pp. 125-133, e A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, pp. 373 e segs. A referida distinção é também apontada no ordenamento jurídico belga que, aliás, regula o regime das dívidas entre cônjuges em termos muito semelhantes ao ordenamento francês. V., Jean Renaud, *Droit patrimonial de la famille*, vol. I, Bruxelles, 1971, pp. 563 e segs., e Léon Rautent, *Droit patrimonial de la famille. Les régimes matrimoniaux*, 3.ª ed., Louvain-La-Neuve, Cabay, Libraire-éditeur, 1986, pp. 171-186.

²⁸⁹ Repare-se que o credor pessoal do cônjuge pode penhorar os seus rendimentos e estes são comuns (art. 1411.º do Cód. Civil francês).

património que o credor poderá executar e ao qual poderá exigir o pagamento do seu crédito (é a questão da obrigação pela dívida, o *droit de poursuite*, que se coloca, sobretudo, durante a vigência do regime de comunhão e nas relações do credor com os cônjuges) e qual dos três patrimónios em causa deverá suportar a título definitivo a dívida, aferindo se o que pagou poderá exigir a contribuição que prestou a outro. É esta contribuição que se liga às relações do património comum com os patrimónios próprios dos cônjuges, que se coloca no fim do regime e que se regula pelo jogo das compensações. Ao contrário do *droit de poursuite* dos credores que se verifica no decurso do casamento, a questão do destino definitivo da dívida, a questão da contribuição, da repartição do passivo, apenas se coloca no momento da dissolução do regime. Sempre que uma massa de bens suporte uma dívida que incumbe, do ponto de vista da contribuição, a outra massa patrimonial, surge um direito a uma compensação²⁹⁰.

Desde 1965 é preocupação do legislador francês não distinguir entre as dívidas contraídas pelo marido e as contraídas pela mulher. Mas esta preocupação igualitária não se materializou na totalidade. Isto porque há uma ligação entre os poderes de administração e os poderes para obrigar pela contracção de dívidas (cfr. o art. 1415.º do Cód. Civil francês) e, apesar da evolução no sentido da igualdade, o legislador não atingiu o seu objectivo, dado que continuava a subsistir uma certa disparidade entre os

²⁹⁰ Esta distinção é também feita, no domínio do direito espanhol, por Nuria Hernández Rueda, *Régimen de responsabilidad por deudas privativas durante la vigencia de la sociedad de gananciales (Tras la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)*, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 19 e 26, que refere que há que distinguir a esfera interna e a externa, ou seja, a da responsabilidade (pela qual se determina qual o património que responde face ao credor pelas dívidas contraídas por um dos cônjuges ou por ambos) e a da *carga* (que determina a massa patrimonial que, a título definitivo, suporta a dívida, independentemente de ter sido ela ou não a pagar a mesma). Também M.ª Amalia Blandino Garrido, *Régimen jurídico de las deudas tras la disolución de la sociedad de gananciales*, Valencia, Tirant lo blanch, 1999, pp. 67-72, distingue “*responsabilidad*” e “*carga*”, conceitos que se relacionam com a existência de um passivo provisório (responsabilidade externa, face aos credores) e um passivo definitivo (responsabilidade interna). Nieves Moralejo Imbernón, “Comentarios a los artículos 1344 a 1410”, in AAVV, *Comentarios al Código Civil, cit., ob* a direcção de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, p. 1585, fala em “*cargas*” e “*obligaciones*” da comunhão. C. Saiz García, *Acreedores de los Cónyuges y Régimen Económico Matrimonial de Gananciales*, Navarra, Aranzadi, 2006, pp. 27-80, assenta a sua análise das dívidas conjugais na distinção entre “*pasivo provisional*” e “*pasivo definitivo*”. É interessante notar, como fazem A. Ocaña Rodríguez, *Deudas y sociedad de gananciales. Su proyección práctica en los procesos civil y penal*, 2.ª ed., Madrid, Editorial Colex, 1997, p. 21, e Fátima Yáñez Vivero, “Deudas de un solo cónyuge y responsabilidad ganancial según la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LIII, n.º 2, 2000, pp. 560 e segs., que a jurisprudência não faz, em geral, esta distinção, aplicando indiferenciadamente os arts. 1362.º e 1365.º do Cód. Civil espanhol para determinar a responsabilidade do património comum pela dívida. V., com referência a algumas decisões jurisprudenciais, Javier Seoane Prado, “Cuestiones procesales que plantea la defensa de terceros y acreedores en situaciones de cambio convencional de régimen económico matrimonial. Medidas cautelares”, in AAVV, *Regimén económico matrimonial..., cit.*, pp. 353-357.

cônjuges em matéria de poderes de administração e esse desequilíbrio não podia deixar de se repercutir no passivo. A Reforma de 1985 constituiu nesta matéria uma revolução.

Quanto à questão da determinação da *obligation à la dette*, o cônjuge que contrai a dívida responde sempre a título pessoal, o que corresponde à regra geral do Direito das Obrigações²⁹¹. É importante referir que de entre os bens próprios que respondem pelas dívidas do cônjuge pode estar a casa de morada da família e o seu recheio. Decorre do art. 215.º do Cód. Civil francês, independentemente da qualidade de bem próprio que possa ter, que a casa de morada da família não está na livre disponibilidade do cônjuge titular que, para dispor dela, terá de obter, para segurança da vida familiar, o consentimento do outro cônjuge, sob pena de nulidade. Ora, importa saber se também tais bens podem responder pela dívida face ao credor, independentemente do consentimento do outro cônjuge. Tem sido entendido pela jurisprudência, que os bens próprios respondem pelas dívidas pessoais do cônjuge seu titular, mesmo que se trate da casa de morada da família e mesmo que não haja acordo do outro cônjuge²⁹².

Importará saber em que medida pode o credor responsabilizar também os bens comuns ou os bens próprios do outro cônjuge.

Por sua vez, os arts. 186.º a 190.º do Cód. Civil italiano regulam as hipóteses em que os bens da comunhão e os bens próprios dos cônjuges respondem pelo cumprimento das dívidas contraídas pelos cônjuges, os dois ou só um deles, no interesse da família (ou no exercício da actividade de administração dos bens comuns) ou no interesse exclusivo de cada um deles. Importa, assim, saber qual a natureza da dívida contraída para determinar qual o património responsável.

O direito italiano distingue duas categorias de dívidas a que correspondem duas categorias de credores: os credores da comunhão (para cuja satisfação podem actuar sobre todos os bens comuns) e os credores pessoais de cada um dos cônjuges (que

²⁹¹ Se a responsabilidade for solidária, cada um dos cônjuges está pessoalmente obrigado. A solidariedade pode resultar não só da lei (p. ex., arts. 220.º e 1384.º, 4.º, do Cód. Civil francês, e art. 1685.º do *Code général des impôts*), mas também pode ser convencionalmente acordada, quando ambos os cônjuges se obriguem solidariamente pela dívida. Nestes casos cada um dos cônjuges obriga os seus bens próprios (art. 1418.º, 1.º, do Cód. Civil francês) e os bens comuns (art. 1418.º, 2.º, do Cód. Civil francês). Pode, por vezes, ser difícil distinguir uma situação de solidariedade convencional de um situação de mandato ou da concessão de mera autorização para um acto (M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, p. 176). Podem os cônjuges obrigar-se também conjuntamente, respondendo pela dívida os bens comuns (salvo a devida compensação) e os bens próprios e os *revenus* dos cônjuges mas apenas na parte correspondente a cada cônjuge (metade) na dívida (v., por todos, Flour/Champenois, *ob. cit.*, pp. 399-402). Ainda que a regra seja a da conjunção, é de assumir que a intenção dos cônjuges quando assumem ambos a dívida seja a de responderem solidariamente (como parece acontecer, p. ex., no caso dos empréstimos).

²⁹² V., p. ex., Civ. 3.º, de 12 de Outubro de 1977 (*RTDC*, 1979, p. 584, obs. Nerson). V., M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, p. 177, e Cornu, *ob. cit.*, pp. 113 e 114.

apenas podem agir sobre os bens comuns a título subsidiário e limitadamente à quota do cônjuge devedor, podendo antes actuar sobre os bens próprios deste). Não faz, assim, o direito italiano a distinção entre a esfera interna e a externa quanto à responsabilidade pela dívida, como acontece nos ordenamentos jurídicos francês e espanhol, aproximando-se, neste ponto, da nossa regulamentação (distinguindo as dívidas comuns e as próprias).

Por outro lado, e quanto à comunhão convencional, os arts. 210.º e 211.º do Cód. Civil italiano não regulam o regime da responsabilidade patrimonial. A doutrina italiana tende a estender o regime da responsabilidade por dívidas da comunhão legal à comunhão convencional, pelo que terá aplicação a esta o que se dirá em relação àquela²⁹³.

Por seu lado, no ordenamento jurídico espanhol, a regulamentação do regime da responsabilidade por dívidas, bem como das relações patrimoniais entre os cônjuges, é precedida de disposições de carácter geral que constituem o regime matrimonial primário (arts. 1315.º e segs. do Cód. Civil espanhol)²⁹⁴. Trata-se daquelas normas, a maioria imperativas, que disciplinam as relações patrimoniais básicas do casamento, independentemente do regime de bens vigente.

O regime da responsabilidade por dívidas no direito espanhol, com excepção das dívidas quanto aos encargos da vida familiar (art. 1319.º do Cód. Civil espanhol), tal

²⁹³ A. Finocchiaro/M. Finocchiaro, *Diritto di famiglia. Legislazione, dottrina e giurisprudenza*, vol. I, Milano, Giuffrè Editore, 1984, p. 1201, Quadri, “Della comunione convenzionale”, in AAVV, *Commentario al diritto italiano della famiglia*, sob a direcção de Cian/Oppo/Trabucchi, vol. III, Padova, Cedam, 1992, p. 406, De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia...*, cit., p. 726, M. Morelli, *ob. cit.*, p. 141, T. Auletta, *Il diritto di famiglia*, 4.ª ed., Torino, G. Giappichelli Editore, 1997, p. 200. Contra, defendendo que, na falta de norma nesse sentido, os cônjuges podem regular o regime da responsabilidade por dívidas, nomeadamente, excluindo a garantia subsidiária dos credores pessoais, apresenta-se uma doutrina minoritária, defendida por A. Galasso, *ob. cit.*, p. 595, quando estiver em causa na comunhão convencional um alargamento da comunhão (se se tratar de uma redução será, segundo o autor, de aplicar as normas da comunhão legal, nomeadamente, o art. 190.º do Cód. Civil italiano). V. também, Gabrielli/Cubeddu, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, Milano, Giuffrè Editore, 1997, pp. 298 e 299, que entendem que, nada estipulando a lei em sentido contrário, é possível os cônjuges alterarem o regime da responsabilidade por dívidas da comunhão legal, ainda que com protecção de terceiros. Ou seja, é possível, p. ex., dado que protege os credores comuns, uma cláusula em que se altere a regra da subsidiariedade do art. 190.º do Cód. Civil italiano, permitindo que os credores comuns possam actuar directamente sobre o património próprio dos cônjuges (mesmo o não devedor). Mas já não será possível alterar o privilégio conferido no art. 189.º do mesmo código aos credores comuns.

²⁹⁴ M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, p. 1500, e Manuel Albaladejo, *Curso de Derecho Civil. Derecho de Familia*, vol. IV, 7.ª ed., Barcelona, Bosch, 1996, p. 149, e *Compendio de Derecho Civil*, 12.ª ed., Madrid, Edisofer, 2004, p. 454. L. Díez-Picazo/A. Gullón, *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, vol. IV, 9.ª ed., Madrid, Tecnos, 2004, p. 142, consideram a ideia de um “regime matrimonial primário” equívoca, dado, na realidade, não se tratar de um regime patrimonial, mas apenas de disposições gerais aplicáveis a qualquer regime matrimonial de bens. V. também, neste sentido, A. López/V.L. Montés/E. Roca, *et alii*, *Derecho de Familia*, sob a direcção de E. Roca i Trías, 3.ª ed., Valencia, Tirant lo blanch, 1997, p. 94, e Lledó Yagüe, *et alii*, *ob. cit.*, p. 143.

como nos ordenamentos jurídicos francês, italiano e alemão, é regulado de acordo com o regime matrimonial de bens em causa. O legislador espanhol optou por regular o regime da responsabilidade por dívidas estabelecendo como regra que os bens comuns respondem sempre pelas dívidas contraídas por ambos os cônjuges e pelas dívidas contraídas por qualquer um deles nos casos especificamente previstos na lei.

No âmbito da regulamentação do regime legal supletivo (*sociedad de gananciales*), os arts. 1362.º e segs. do Cód. Civil espanhol abordam três questões distintas: dívidas pelas quais responde o património comum a título definitivo (arts. 1362.º e 1363.º); dívidas pelas quais o património comum também pode ser executado (arts. 1365.º a 1374.º); e qual o património que suporta definitivamente um certo encargo (e é aqui que pode haver lugar a reembolsos – art. 1364.º; de certa forma, é também a compensações que o art. 1373.º, 2.º, se refere), ou seja, aí se regula a responsabilidade provisória ou primária do património comum (aspecto externo) e a responsabilidade definitiva ou a contribuição da comunhão (aspecto interno)²⁹⁵. Assim, as dívidas previstas nos arts. 1362.º, 1363.º, 1366.º e 1367.º do Cód. Civil espanhol, são suportadas, a título definitivo, pela comunhão (constituem o passivo definitivo). Respondem por elas o património comum e solidariamente o património do cônjuge que contraiu a dívida (art. 1369.º do Cód. Civil espanhol). Se bens próprios de qualquer um dos cônjuges responderem por tais dívidas haverá lugar a reembolsos, nos termos do art. 1364.º do Cód. Civil espanhol (repare-se que, nos termos do art. 1369.º, a responsabilidade dos bens do cônjuge que contraiu a dívida e dos bens comuns é solidária). Por outro lado, quando se trate de dívidas próprias de um cônjuge (aquelas que não estão previstas nos arts. 1362.º e segs. do Cód. Civil espanhol) apenas respondem por elas os bens próprios do cônjuge devedor (art. 1373.º do Cód. Civil espanhol), mas se os bens comuns responderam por tais dívidas, considera-se que o cônjuge devedor recebeu tal valor por conta da sua meação no momento da liquidação da comunhão ou no momento em que reembolse o património comum (com bens próprios que venha a obter posteriormente) – *al tiempo en que los abone* (art. 1373.º, 2.º, do Cód. Civil espanhol).

²⁹⁵ Tomás Giménez Duart, “Cargas y obligaciones del matrimonio”, *Revista de Derecho Privado*, Junho de 1982, p. 542, M. A. Rueda Pérez/J. M. Rueda Pérez, “Notas sobre la nueva regulación de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales tras la reforma del C.C.”, *Revista de Derecho Privado*, Junho de 1982, p. 557, Eduardo Serrano Alonso, *et alii*, *Regimen economico del matrimonio*, 3.ª ed., Barcelona, Editorial Forum, 1996, pp. 83 e segs., Fátima Yáñez Vivero, “Deudas de un solo cónyuge...”, *loc. cit.*, pp. 559 e 560, Yolanda Bustos Moreno, *ob. cit.*, pp. 23-27 e pp. 63 e segs., Lledó Yagüe, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 241 e segs., e Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida, *et alii*, *Elementos de Derecho Civil. Familia*, vol. IV, 2.ª ed., Madrid, Dykinson, 2005, pp. 199 e segs.

Diferentemente das situações dos arts. 1362.º e 1363.º do Cód. Civil espanhol (a que deve acrescentar-se os arts. 1366.º e 1371.º do mesmo código, como veremos)²⁹⁶ em que a lei determina qual o património (comum ou próprio) que, a título definitivo, deve suportar certas dívidas, ou seja, o passivo da *sociedad de gananciales*, os arts. 1365.º e segs. do Cód. Civil espanhol determinam o património responsável perante o credor por dívidas contraídas por um ou ambos os cônjuges. Ou seja, trata-se de saber quais as dívidas pelas quais os bens comuns podem ser responsáveis, sem prejuízo de as mesmas ingressarem ulteriormente no passivo da comunhão ou do património próprio dos cônjuges. Os arts. 1362.º e 1363.º do Cód. Civil espanhol determinam as dívidas comuns e os arts. 1365.º e segs. as dívidas pelas quais o património comum responde directa e solidariamente, sem prejuízo, porém, das devidas compensações.

Por seu lado, o ordenamento jurídico alemão prevê, ao contrário dos ordenamentos analisados até aqui, como regime legal supletivo o regime de comunhão de ganhos ou de participação nos adquiridos (*Zugewinnngemeinschaft*) que regula nos §§ 1363.º a 1390.º do BGB. Este regime caracteriza-se pelo facto de os patrimónios próprios dos cônjuges permanecerem próprios e os adquiridos serem do cônjuge que o adquiriu (ou de ambos em compropriedade), não existindo património comum. Vigora, por isso, no decurso do casamento, a separação de bens e cada cônjuge será responsável pelas dívidas que contrai, sem prejuízo das dívidas que obrigam solidariamente os cônjuges em qualquer regime de bens (§ 1357.º do BGB) ou que assumam em conjunto, nos termos gerais. Todavia, no momento da liquidação do regime, os ganhos obtidos por

²⁹⁶ Considera-se que as dívidas extracontratuais e as resultantes de jogos, nos termos dos arts. 1366.º e 1371.º do Cód. Civil espanhol, respectivamente, são também dívidas que constituem “*cargas de la sociedad de gananciales*”, integrando o passivo da comunhão. V., Lledó Yagüe, *et alii*, *ob. cit.*, p. 244, e Carlos Lasarte, *Principios de Derecho Civil. Derecho de familia*, vol. VI, 3.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 234. M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, p. 1680, considera que há lugar às compensações do art. 1364.º do Cód. Civil espanhol se os bens próprios pagaram pelas dívidas decorrentes de responsabilidade extracontratual, nos termos do art. 1366.º do Cód. Civil espanhol. De facto, entende-se que as dívidas extracontratuais reguladas no art. 1366.º são suportadas pela comunhão a título definitivo, respondendo por elas os bens comuns. Na verdade, o artigo refere “*responsabilidad e cargo*” da comunhão (p. 1692). Também, Manuel Albaladejo, *Curso de Derecho Civil...*, *cit.*, pp. 175 e 176, e *Compendio...*, *cit.*, p. 556, M.ª del Carmen Gete-Alonso y Calera/María Ysás Solanes/Judith Solé Resina, *Derecho de Familia*, Barcelona, Cálamo Producciones Editoriales, 2004, p. 236, e Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida, *et alii*, *ob. cit.*, p. 206. De facto, o art. 1366.º do Cód. Civil espanhol regula simultaneamente o aspecto interno e externo da responsabilidade da comunhão pela dívida (Yolanda Bustos Moreno, *ob. cit.*, p. 307). Para além das situações previstas nos arts. 1362.º, 1363.º, 1366.º e 1371.º do Cód. Civil espanhol, dívidas pelas quais a comunhão responde a título definitivo, Yolanda Bustos Moreno, *ob. cit.*, p. 368, considera que deve também ser uma dívida que responsabilize a título definitivo a comunhão (*ganancial* nas relações internas) toda a dívida contraída por um dos cônjuges que redunde em proveito comum da família. Isto atendendo à relação existente entre o benefício e o encargo (tal como acontece nas relações entre a sociedade e os sócios – art. 1698.º, 2.º, do Cód. Civil espanhol). Se o património próprio dos cônjuges pagar tal dívida deverá haver uma compensação a esse património pelo património comum no momento da liquidação (ainda que os arts. 1373.º e 1398.º do Cód. Civil espanhol não se refiram expressamente à existência ou não de proveito comum).

cada cônjuge (ou seja, a diferença positiva entre o patrimônio inicial e o patrimônio final) serão divididos entre os cônjuges de forma igualitária (§ 1363.º do BGB).

Prevê ainda o BGB o regime de separação de bens (*Gütertrennung*) e o da comunhão de bens (*Gütergemeinschaft*)²⁹⁷. Os §§ 1415.º a 1482.º do BGB regulam o regime de comunhão que é uma comunhão universal, ou seja, todos os bens que os cônjuges possuíam antes do casamento bem como os adquiridos a qualquer título tornam-se e são comuns, constituindo um patrimônio de mão comum (*Gesamthandsgemeinschaft*) (§ 1419.º do BGB). Há, em todo o caso, alguns bens que permanecem próprios (*Sondergut*

²⁹⁷ Até à Reforma de 1957, o BGB previa cinco regimes de bens. Como regime legal supletivo apresentava o *Nutzverwaltung* (administração e usufruto dos bens pelo marido – o § 1363.º do BGB dispunha na altura que o patrimônio da mulher – salvo os seus *Vorbehaltsgut*, de acordo com o § 1365.º - passava com a celebração do casamento a estar sob a administração e usufruto do marido. A esses bens sob a administração do marido denominava a lei *ingebrachtes Gut*). Previa depois o regime de comunhão geral (*Gütergemeinschaft*), de separação de bens (*Gütertrennung*), de comunhão de adquiridos (*Errungenschaftsgemeinschaft*), e de comunhão de móveis e adquiridos (*Fahrnisgemeinschaft*). Para uma análise geral do regime da responsabilidade por dívidas nestes regimes, v., Beitzke, *ob. cit.*, pp. 75-77. No regime legal as dívidas do marido e da mulher permaneciam separadas: pelas dívidas do marido respondiam os seus bens, não podendo os seus credores exigir o seu pagamento pelos *ingebrachte Güter* (§ 1410.º); e pelas da mulher respondiam os seus bens reservados e os bens que levou para o casamento e que eram administrados pelo marido – *ingebrachtes Gut* – salvo disposição em contrário resultante dos então §§ 1412.º a 1414.º (§ 1411.º). Estas exceções eram novamente referidas nos §§ 1460.º a 1462.º no regime de comunhão geral e traduziam um regime idêntico ao ainda actualmente previsto nos §§ 1438.º a 1440.º para a regulamentação da responsabilidade por dívidas no regime de comunhão geral. Por sua vez, os §§ 1415.º a 1417.º regulavam as relações internas entre os cônjuges e a determinação do patrimônio responsável pelas dívidas a título definitivo, ou seja, as dívidas que constituíam um encargo dos bens reservados dos cônjuges. O § 1417.º, finalmente, regulava as compensações entre os patrimónios reservados e os *ingebrachte Güter*, não fixando, porém, o momento da referida compensação. No regime de separação as dívidas eram separadas como se os cônjuges não fossem casados (mesmo autor e obra, p. 79). O regime de comunhão geral apresentava uma regulamentação semelhante à que ainda tem hoje. Assim, os bens comuns respondiam por todas as dívidas do marido e por aquelas dívidas da mulher pelas quais, no regime legal, os *eingetragten Gut* também respondiam (antigos §§ 1459.º e 1460.º a 1462.º). O marido respondia pessoalmente pelas dívidas contraídas pela mulher que fossem dívidas comuns, como contraponto do seu exclusivo poder de administração dos bens - § 1459.º, 2.º. Os §§ 1463.º a 1467.º regulavam as relações internas e as compensações pelas dívidas em moldes semelhantes aos previstos hoje nos §§ 1441.º a 1446.º (mesmo autor e obra, pp. 82 e 83). Na comunhão de adquiridos, o patrimônio comum respondia por todas as dívidas do marido; pelas da mulher respondiam os bens comuns apenas nos casos dos §§ 1431.º a 1434.º, semelhantes aos §§ sobre a matéria no regime legal e na comunhão geral. Os §§ 1535.º a 1541.º regulavam as relações internas e as compensações entre os patrimónios, sendo de notar que os §§ 1535.º e 1536.º apresentavam explicitamente as dívidas que nas relações recíprocas entre os cônjuges pesavam sobre a mulher ou sobre o marido (mesmo autor e obra, pp. 88 e 89). Na comunhão de móveis e adquiridos era de observar o regime da comunhão geral - § 1549.º (p. 90). V. também, Schröder, *Das eheliche Güterrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche*, 3.ª ed., Berlin, F. Guttentag, 1900, pp. 15 e segs., Planck, *Bürgerliches Gesetzbuch. Familienrecht*, vol. IV, 1.ª e 2.ª ed., Berlin, F. Guttentag, 1901, pp. 159-172, 218-226, e 293-298, e H. Dernburg, *Das bürgerliche Recht. Deutsches Familienrecht*, vol. IV, 2.ª ed., s.l., Buchhandlung des Waifenhaufes, 1903, pp. 158-163, 190-192, 208 e 209.

Actualmente o BGB prevê como regime supletivo o de participação nos adquiridos e como regimes convencionais o de comunhão geral e de separação, como veremos no texto. Significa, portanto, que o regime que mais se aproximava do nosso (comunhão de adquiridos) deixou de ter regulamentação legal no BGB. Assim, o regime da responsabilidade por dívidas não encontra paralelo neste ordenamento jurídico, uma vez que este regime é regulado em função do regime de bens (salvo o regime geral previsto no § 1357.º do BGB) e a comunhão aí regulada é apenas a comunhão geral de bens. Em todo o caso, importa analisar tais soluções não numa visão comparativa mas de certa forma “inspiradora” de outras soluções legais do problema sobre o qual nos debruçamos.

- § 1417.º do BGB), dado serem intransmissíveis por negócio jurídico (p. ex., o direito de usufruto). Cada um dos cônjuges administra os seus bens próprios, de forma independente e por conta do património comum. Por outro lado, há também outros bens que não integram o património comum (*Vorbehaltsgut*, ou bens reservados - § 1418.º do BGB). Trata-se dos bens que foram declarados como tal na convenção matrimonial, ou dos bens adquiridos *mortis causa* ou por doação por um dos cônjuges desde que o *de cuius* ou o doador determine o carácter reservado dos bens, ou dos bens adquiridos por um dos cônjuges em virtude do seu património reservado, como a indemnização pela destruição, dano ou subtracção de um elemento pertencente ao património reservado ou bens adquiridos por acto jurídico relativo aos bens reservados. Os bens reservados são administrados de forma autónoma por cada um dos cônjuges e por sua conta própria.

O direito alemão regula o regime da responsabilidade por dívidas em função dos poderes de administração dos cônjuges. Em princípio, a administração do património comum cabe a ambos os cônjuges. Mas estes podem estipular, por convenção matrimonial, que apenas um dos cônjuges o administra (§ 1421.º do BGB).

Os §§ 1422.º a 1449.º do BGB regulam as situações em que a administração cabe a apenas um dos cônjuges, enquanto que os §§ 1450.º a 1470.º do BGB regulam os casos de administração conjunta do património comum (que exige a intervenção de ambos os cônjuges).

As dívidas de cada um dos cônjuges são sempre dívidas pessoais desse cônjuge (diferente do nosso ordenamento e igual aos restantes ordenamentos jurídicos), independentemente de serem contraídas antes ou depois do casamento. Pelas dívidas pessoais respondem os bens próprios e os bens reservados do devedor. Mas há certas dívidas pelas quais a comunhão pode ser “chamada” a responder. Os §§ 1437.º e segs. e §§ 1459.º e segs. do BGB referem as dívidas do património comum (*Gesamtgutverbindlichkeiten*), ou seja, aquelas que, contraídas pelo cônjuge administrador ou por qualquer dos cônjuges administradores, oneram o património comum e os bens comuns.

A regra é a de que as dívidas da responsabilidade dos bens comuns (*Gesamtgutsverbindlichkeiten*) são também dívidas a cargo definitivo da comunhão (*Gesamtgutslasten*). Mas nem sempre assim acontece. Ou seja, certas dívidas são, nas relações internas entre os cônjuges, da responsabilidade do património pessoal do cônjuge devedor. Assim, será de distinguir as dívidas comuns “puras”, pelas quais responde definitivamente o património comum (§§ 1437.º e 1438.º e §§ 1459.º e 1460.º,

todos do BGB), e aquelas pelas quais respondem os bens comuns mediante compensação (§§ 1438.º e segs. e §§ 1460.º e segs. do BGB). Ou seja, estas últimas são aquelas que constituem um encargo a suportar por um dos cônjuges, com os seus bens próprios e/ou reservados, mas que são pagas, à partida, com bens comuns²⁹⁸.

Os §§ 1437.º a 1440.º e os §§ 1459.º a 1462.º, todos do BGB, regulam a responsabilidade pelas dívidas face aos credores (isto é, determinam qual o património que o credor pode executar para pagamento dos seus créditos), as relações externas (*Außenverhältnis*). Os §§ 1441.º e 1463.º do BGB regulam as relações internas (*Innenverhältnis*) entre os cônjuges.

Com efeito, os §§ 1441.º e 1463.º do BGB apresentam as dívidas que, ainda que pagas com os bens comuns, devem ser suportadas, nas relações internas, pelo património do cônjuge que lhes deu origem. O funcionamento dos referidos parágrafos pressupõe a responsabilidade dos bens comuns, ou seja, que não se tenha verificado nenhuma das excepções dos §§ 1438.º a 1440.º ou dos §§ 1460.º a 1462.º, todos do BGB. Ainda que a regra seja a de que as dívidas da comunhão são suportadas a título definitivo pelos bens comuns²⁹⁹, certas dívidas responsabilizam, nas relações internas entre os cônjuges (a título definitivo) os patrimónios pessoais dos cônjuges e não o património comum.

2.2 Dívidas da responsabilidade de ambos os cônjuges

O art. 1690.º, reduzindo a um “esquema simples, breve e claro todo o emaranhado de preceitos complicados e confusos”³⁰⁰ que vigoravam no Cód. de Seabra, enuncia o princípio geral em matéria de legitimidade para contrair dívidas. Repare-se que, enquanto o seu n.º 1 foi introduzido no anteprojecto de Pires de Lima, o n.º 2 é uma solução que já estava consagrada, quanto às dívidas anteriores ao casamento, no art. 1111.º do Cód. Civil de 1867, como vimos, e que se achou conveniente continuar a

²⁹⁸ Gernhuber/Coester-Waltjen, *ob. cit.*, § 38, VIII, 6, pp. 455 e 456, falam em responsabilidade do património comum a dois níveis: num primeiro nível incluem as dívidas comuns a título definitivo e num segundo nível as dívidas pelas quais os bens comuns respondem mas mediante compensação. Traduz-se aqui também a distinção vista nos outros ordenamentos jurídicos entre *Schuld* e *Haftung*, ou seja, a dívida (dever de prestar por parte do devedor) e a responsabilidade (sujeição do património do devedor à execução do credor) - conceitos que integram a relação obrigacional, além do crédito e da dívida propriamente ditos.

²⁹⁹ Como diz Palandt/Brudermüller, *Bürgerliches Gesetzbuch*, vol. 7, 66.ª ed., München, C. H. Beck, 2007, § 1441.º, p. 1691 „(...) *alle Gesamtgutsverbindlichkeiten dem Gesamtgut zur Last fallen; Grundsatz: Gesamtgutsverbindlichkeit = Gesamtgutslasten*”.

³⁰⁰ Braga da Cruz, “Capacidade patrimonial dos cônjuges...”, *loc. cit.*, p. 384, e *Obras Esparsas, cit.*, p. 292.

prescrever expressamente, dada a importância que tem, para a determinação dos bens que respondem pelas dívidas dos cônjuges, o saber-se em que momento elas foram contraídas.

Assim, qualquer que seja o regime de bens estabelecido entre os cônjuges, cada um dos cônjuges tem legitimidade para contrair dívidas sem o consentimento do outro (art. 1690.º, n.º 1). Não constitui tal disposição qualquer novidade em relação ao marido, que já no código anterior, como administrador dos bens do casal, gozava de tal faculdade (cfr. os arts. 1114.º e 1189.º do Cód. de Seabra). Representa, porém, uma profunda e significativa inovação em relação à mulher, perante a sua situação de incapacidade que resultava, entre outros, dos arts. 1116.º, no regime da comunhão geral, e 1193.º, integrado nas disposições gerais³⁰¹.

De qualquer forma, atribuindo o Cód. Civil de 1966 a administração dos bens ao marido (cfr. o art. 1678.º na redacção anterior à Reforma de 1977), não era muito coerente admitir que a mulher o responsabilizasse livremente pelas suas dívidas. Por isso, Pereira Coelho aconselhava uma interpretação restritiva do art. 1690.º, n.º 1, de modo a harmonizá-lo com o então art. 1678.º³⁰². O que acontecia era que a mulher podia livremente contrair dívidas e estas seriam sempre válidas (ao contrário do que acontecia no direito anterior), mas o pagamento dessas dívidas só seria válido se fosse feito com

³⁰¹ Aquela incapacidade da mulher não tinha, todavia, valor absoluto. Como refere Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, cit., vol. VI, pp. 390-392, em primeiro lugar, os arts. 1116.º e 1189.º do Cód. de Seabra permitiam que a mulher pudesse contrair dívidas estando o marido ausente ou impedido e não se podendo esperar pelo seu regresso, ou pela cessação do seu impedimento, casos em que competia à mulher a administração do casal. Em segundo lugar, mesmo não estando o marido ausente nem impedido, o art. 39.º do Dec. n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910, atribuiu à mulher, sem necessidade de prévia autorização marital, o governo doméstico. Tal significava uma comparticipação da mulher na administração do casal e até uma preponderância na esfera da administração das despesas do lar. Era entendimento generalizado que a mulher possuía um mandato tácito do marido para fazer as compras e outras despesas necessárias ao governo doméstico. Em terceiro lugar, era preciso exceptuar a mulher que exercia uma profissão e que podia contrair dívidas a essa actividade necessárias. O mesmo entendimento era seguido pelo Cód. Civil francês, sobretudo até 1965, como vimos, onde a mulher não podia contrair dívidas sem consentimento do marido, salvo se as contraísse no exercício do seu comércio (mas o marido podia opor-se a este exercício), ou se actuasse como gestor de negócios da comunhão, ou para pagar uma dívida que estava na base da prisão do marido ou ainda relativa ao “*établissement*” dos filhos comuns em caso de ausência do marido. Entendia também a jurisprudência francesa da altura que a mulher tinha capacidade para contrair dívidas relativas aos encargos normais da vida familiar, dado que dispunha de um mandato tácito do marido nesse sentido (F. Lucet/B. Varelle, *ob. cit.*, p. 7 e nota 1). Entendia-se também que a mulher respondia no caso de prática de facto ilícito (Planiol/Ripert, *Traité élémentaire...*, cit., p. 153), podendo, desde a Reforma de 1965, responsabilizar os bens comuns, sem prejuízo da devida compensação (mas não os bens próprios do marido – v., Planiol/Ripert, *Traité pratique de Droit Civil français...*, cit., p. 329).

³⁰² Pereira Coelho, *Direito de Família. Sumários das lições ao curso de 1966-1967*, policopiado, Coimbra, 1967, pp. 119 e 120, e *Curso de Direito da Família*, policopiado, Coimbra, 1986, p. 423, e Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 446. V. também, Gomes da Silva, *Curso de Direito da Família*, vol. II, Lisboa, AAFDL, 1969, p. 202. Também A. Lopes Cardoso, “Alguns aspectos das dívidas do cônjuges no novo Código Civil”, *Revista dos Tribunais*, ano 86.º, 1968, pp. 61 e 62, referindo que é em relação aos bens que a mulher administra que se põe o problema da contracção das dívidas.

bens de que a mulher tivesse a administração, e só à custa desses bens poderia ser exigido o pagamento imediato à mulher³⁰³. Sendo assim, o âmbito do art. 1690.º, n.º 1, era muito limitado, já que o princípio da legitimidade aí expresso só tinha verdadeiro alcance, em relação à mulher, quando, excepcionalmente, ela tivesse a administração dos bens ou de alguns bens do casal e em relação a esses bens que ela administrasse. O que não deixa de nos parecer vir desvirtuar o sistema criado. Aliás, os problemas de harmonização do regime da responsabilidade por dívidas dos cônjuges com o da administração e disposição dos bens do casal continuam mesmo depois da Reforma de 1977 e actualmente, não já nessa vertente mas em relação a outros domínios. Problemas que surgem, nomeadamente, e sobretudo com a abolição da moratória do art. 1696.º, n.º 1, quando bens próprios ou comuns, cuja administração não cabe ao cônjuge devedor, vêm responder por dívidas da sua exclusiva responsabilidade. Repare-se que, no seu anteprojecto, Pires de Lima declarava que, tendo-se atribuído a ambos os cônjuges legitimidade para contrair dívidas, mas mantendo a administração nas mãos do marido, não se compreenderia que a mulher, não tendo a administração dos seus bens, pudesse onerá-los livremente, contraindo dívidas³⁰⁴. Criar-se-ia uma situação juridicamente pouco compreensível: a de o marido administrar os bens e a mulher poder dissipá-los, contraindo dívidas. Daí a previsão de uma moratória, aplicável tanto à mulher como ao marido, nos casos em que um deles tenha a administração dos bens do outro. Por essa razão também a previsão da mesma moratória no anteprojecto de Braga da Cruz, como veremos³⁰⁵.

Todavia, é esta a situação, no mínimo bizarra, com que nos deparamos actualmente, sobretudo quando na Reforma de 1977 o legislador atribuiu a administração em termos

³⁰³ O mesmo valia para o direito francês, antes da Reforma de 1985, onde a mulher tinha a livre administração e disposição dos seus bens próprios mas não dos bens comuns, cuja administração cabia ao marido. Por isso, e p. ex., podia a mulher abrir e movimentar contas bancárias relativamente aos seus valores próprios mas dificilmente os Bancos admitiriam que ela assumisse um compromisso pelo qual se tornasse devedora sem o consentimento do marido, dado que, na falta deste, ela só podia obrigar os seus bens próprios (v., Henri Mazeaud, *et alii*, *Leçons de Droit Civil. Régimes matrimoniaux*, cit., p. 381).

³⁰⁴ Pires de Lima, “Anteprojecto...”, *loc. cit.*, p. 22.

³⁰⁵ No ordenamento jurídico francês, a Lei de 13 de Julho de 1965, procurando equiparar a posição jurídica dos cônjuges, fez desaparecer o usufruto da comunhão sobre os bens comuns e o poder marital absoluto sobre os mesmos bens comuns. Os poderes do marido sobre os bens comuns foram alinhados com os poderes da mulher sobre os bens reservados - a Lei de 13 de Julho de 1907 introduziu a categoria dos bens reservados, ou seja, bens provenientes do exercício de uma profissão pela mulher. Assim, a regra era a de que cada um dos cônjuges responsabilizava, pelas dívidas que contraía, os seus bens próprios e os bens comuns que administrava (com excepção das dívidas que oneravam heranças ou liberalidades a favor de um dos cônjuges ou as dívidas alimentares e “*ménagères*”). V., F. Terré/Ph. Simler, *ob. cit.*, pp. 284 e 285.

paritários aos cônjuges e não articulou isso com o regime da responsabilidade por dívidas.

O mesmo acontece quando se vem exigir o consentimento de ambos os cônjuges para dispor de certos bens móveis ou, nos regimes de comunhão, para disposição de imóveis e qualquer um dos cônjuges, por si só, pode contrair dívidas que afectarão tais bens. O cônjuge devedor não pode administrar nem dispor desses bens mas pode onerá-los com dívidas³⁰⁶.

A Reforma de 1977, ao dar a ambos os cônjuges os mesmos poderes de administração e, por isso, os mesmos poderes para onerar bens, responsabilizando-os por dívidas, deu ao princípio do art. 1690.º, n.º 1, todo o alcance que não tinha anteriormente.

Questão diferente da legitimidade para contrair dívidas é a de saber se a dívida contraída por apenas um dos cônjuges responsabiliza apenas o cônjuge que a assumiu ou ambos os cônjuges (parecendo evidente que a dívida contraída por ambos aos dois responsabiliza) e, conseqüentemente, quais os bens que por ela respondem. Tratar-se-á, assim, de aferir a responsabilidade pessoal e a patrimonial pelas dívidas contraídas no decurso da vida conjugal.

³⁰⁶ No entendimento de Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 447 e 448, a utilização, pelo devedor, de bens que não administre, para pagamento de uma dívida, constitui um acto de administração ilícita, contra o qual o cônjuge do devedor poderá reagir no âmbito das normas do mandato tácito ou, eventualmente, no quadro das normas da posse de má fé (art. 1681.º, n.º 3). Poderá ainda tratar-se da prática de uma ilegitimidade conjugal, pois significará uma alienação de bens que o devedor não podia praticar sozinho. Se a utilização de bens de que o devedor não podia dispor sozinho for o resultado de uma execução movida pelo credor, entendem os autores que apenas se deverá citar o cônjuge do devedor, no caso de a penhora incidir sobre bens imóveis, e apenas com o intuito de lhe permitir deduzir oposição à penhora (p. ex., para dizer que há outros bens penhoráveis de que o devedor tem a livre disposição, contra os quais a penhora se deverá dirigir em primeiro lugar (arts. 864.º e 864.º-B do Cód. de Processo Civil)). Mas se a penhora incidir sobre bens móveis não há um meio de oposição do cônjuge do devedor. Imagine-se o caso da penhora de bens móveis usados conjuntamente por ambos os cônjuges na vida do lar ou como instrumento comum de trabalho, ou bens pertencentes ao devedor mas exclusivamente administrados pelo outro cônjuge (art. 1682.º, n.º 3). A única defesa possível resultará de serem considerados impenhoráveis os bens “imprescindíveis a qualquer economia doméstica” (art. 822.º do Cód. de Processo Civil) e os “instrumentos de trabalho (...) do executado” (art. 823.º do Cód. de Processo Civil). Assim, concluem os autores que poderá haver algumas restrições ao uso voluntário pelo devedor de bens de que não tem a administração nem poderes de disposição, mas não há restrições relevantes quando o credor já intentou a competente acção executiva.

De facto, e independentemente dos mecanismos a utilizar por um cônjuge contra o outro (arts. 1681.º, n.º 3, ou 1687.º), o credor pode, em acção executiva, penhorar o bem do seu devedor (art. 1696.º) que este poderá não ter a administração ou poder de disposição. Em todo o caso, se se tratar de uma ilegitimidade conjugal, pode o acto de disposição ser anulado (assumindo que se trata de um bem próprio do cônjuge devedor mas de que ele não tem a administração), com a produção dos efeitos gerais desse tipo de invalidade, mas o bem não deixará de ser próprio do devedor e, por isso, constituir garantia das obrigações assumidas pelo mesmo.

2.2.1. Art. 1691.º, n.º 1, al. a), do Cód. Civil

Nesses termos, o art. 1691.º determina as dívidas que responsabilizam ambos os cônjuges (e corresponde ao que era estipulado nos arts. 1110.º a 1115.º, 1129.º, 1133.º, 1198.º, e 1199.º do Cód. de Seabra e ao art. 11.º do anteprojecto de Braga da Cruz)³⁰⁷, ao qual há que acrescentar o n.º 2 do art. 1693.º e os n.ºs 1 e 2, *in fine*, do art. 1694.º, regulando, desta forma, tais dívidas em termos formal e substancialmente diferentes do Cód. de Seabra, tendo a Reforma de 1977 introduzido apenas pontuais alterações, ainda que, algumas delas, de significativo relevo³⁰⁸.

As dívidas previstas na al. a) do n.º 1 do art. 1691.º responsabilizam ambos os cônjuges qualquer que seja o regime de bens adoptado, e quer sejam anteriores ou posteriores à celebração do casamento. É evidente que a dívida contraída antes do casamento deverá tê-lo sido na expectativa do mesmo. Caso contrário, tratar-se-á de uma dívida conjunta ou solidária, de acordo com as regras gerais em matéria de obrigações plurais, à qual não será aplicável o regime próprio das dívidas dos cônjuges. A doutrina desta al. a) não constitui novidade em relação aos regimes de comunhão, atento o disposto no art. 1113.º do Cód. de Seabra relativamente à comunhão geral, cujos princípios se consideravam extensivos ao passivo do casal no regime de comunhão de adquiridos.

A al. d) do art. 186.º do Cód. Civil italiano refere também as dívidas contraídas por ambos os cônjuges. Porém, ao contrário da al. a) do n.º 1 do nosso art. 1691.º, privilegiou-se na doutrina italiana uma interpretação restritiva do artigo, por forma a excluir as dívidas contraídas antes do casamento (ou da constituição do regime de comunhão)³⁰⁹.

³⁰⁷ Como refere Braga da Cruz, “Capacidade patrimonial dos cônjuges...”, *loc. cit.*, pp. 386 e 387, não seria rigoroso falar de dívidas comunicáveis, na terminologia usada pelo Cód. Civil de 1867 a propósito do passivo da comunhão geral de bens, ou qualquer outra terminologia comprometedora, como dívidas da responsabilidade comum ou de responsabilidade conjunta. É que o art. 1691.º é de aplicação a todos os regimes de bens e as dívidas que enumera podem ter uma diferente natureza jurídica, consoante o regime de bens em causa. De facto, nos regimes de comunhão elas têm a natureza de dívidas comuns e assumem a natureza de dívidas solidárias no caso de insuficiência do património comum para o seu pagamento. Mas no regime de separação já revestem a natureza de dívidas conjuntas.

³⁰⁸ Foi nomeadamente o caso da al. d) do n.º 1 do art. 1691.º, como teremos oportunidade de comprovar *infra*.

³⁰⁹ V., Santosuosso, *Commentario del Codice Civile. Delle persone e della famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia*, vol. I, título VI, tomo I, parte 3, Torino, Utet, 1983, p. 278, e *Beni ed attività economica della famiglia*, Torino, Utet, 1995, p. 163, M. Gionfrida Daino, *La posizione dei creditori nella comunione legale tra coniugi*, Padova, Cedam, 1986, pp. 55 e 56, Enrico Quadri, “Obblighi gravanti sui beni della comunione”, in AAVV, *La comunione legale*, sob a direcção de C. M. Bianca, tomo II, Milano, Giuffrè Editore, 1989, p. 776, Mastropaolo/Pitter, “Del regime patrimoniale della famiglia. Commento all’art. 186”, in AAVV, *Commentario al diritto italiano della famiglia*, *cit.*, sob a direcção de Cian/Oppo/Trabucchi, p. 253 (a al. d) visa a protecção dos

Esta al. d) coloca um problema de articulação entre a responsabilidade patrimonial em termos gerais e o sujeito passivo da obrigação. Com efeito, se ambos os cônjuges assumem a obrigação, de acordo com o art. 1294.º do Cód. Civil italiano ambos respondem solidariamente. Porém, o art. 186.º, al. d), do Cód. Civil italiano, dispõe que respondem os bens comuns e subsidiariamente os bens próprios dos cônjuges em regime de conjunção (art. 190.º do Cód. Civil italiano). O que acontece é que o art. 186.º, al. d), do Cód. Civil italiano, traduz uma extensão do âmbito da responsabilidade patrimonial pelo cumprimento da obrigação dos cônjuges, ou seja, o credor pode obter o seu pagamento não só pelos bens próprios de qualquer um dos cônjuges (que assumiram a obrigação) e solidariamente, mas pode responsabilizar, de imediato, os bens comuns. Significa isto que o princípio da subsidiariedade entre os bens comuns e os bens próprios e a responsabilidade na medida da metade do crédito, prevista no art. 190.º do Cód. Civil italiano, não se aplica às dívidas assumidas *congiuntamente* pelos cônjuges³¹⁰, nos

interesses de terceiros credores pelo que só pode aplicar-se às dívidas contraídas no decurso do casamento), De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia...*, cit., p. 617, e *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato. Il regime patrimoniale della famiglia*, 2.ª ed., Milano, Giuffrè Editore, 2002, p. 701 (que refere que a responsabilidade dos bens comuns pelas dívidas em causa resulta do vínculo do casamento e do *status* patrimonial daí decorrente, não podendo, por isso, aplicar-se às dívidas contraídas antes do casamento), L. Barbiera, "La comunione legale", in AAVV, *Trattato di diritto privato. Persona e famiglia*, sob a direcção de Pietro Rescigno, vol. III, tomo II, 2.ª ed., Torino, UTET, 1996, p. 566, Patrizia di Martino, "La comunione legale tra coniugi: la responsabilità", in AAVV, *Il Diritto di Famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia*, sob a direcção de G. Bonilini/G. Cattaneo, vol. II, Torino, Utet, 1997, pp. 212 e 213, e F. Parente, "I parametri della parziarietà e della sussidiarietà nell'adempimento delle obbligazioni contratte congiuntamente dai coniugi", *Giur. It.*, n.º 10, Outubro, 2002, p. 1866, nota 3. Entendem estes autores que se o legislador quisesse abranger as dívidas anteriores tê-lo-ia dito como expressamente o faz, p. ex., no art. 189.º, 2.º, do Cód. Civil italiano. Depois, a al. d) fala em "*coniugi*" e tal expressão não deve aplicar-se a quem, no momento da contracção da dívida, não estava casado.

Contra, Corsi, *Il regime patrimoniale della famiglia*, tomo I, Milano, Giuffrè Editore, 1979, p. 160, L. Bruscutiglia, "La responsabilità patrimoniale dei coniugi in comunione legale", in AAVV, *Trattato di diritto privato. Il diritto di famiglia*, sob a direcção de Mario Bessone, vol. IV, tomo II, Torino, G. Giappichelli Editore, 1999, p. 341, dando como exemplo a dívida do pagamento do preço pela aquisição de um bem imóvel, contraída pelos cônjuges antes do casamento, que ingressa na comunhão por efeito de uma convenção matrimonial (por esta dívida deve responder não só solidariamente os bens próprios dos cônjuges como os bens comuns), e Bruno de Filippis, *Trattato breve di diritto di famiglia*, Padova, Cedam, 2002, p. 286 (referindo que o art. 187.º do Cód. Civil italiano considera dívida própria do cônjuge a dívida contraída por um dos cônjuges antes do casamento; logo, a dívida contraída conjuntamente pelos dois aos dois obriga. Por outro lado, a utilização da expressão "contraída pelos cônjuges" do art. 186.º, al. d), do Cód. Civil italiano, deve ser encarada de forma ampla, no sentido de que o são ou virão a ser). Também A. Galasso, *ob. cit.*, p. 421, comparando com o art. 187.º do Cód. Civil italiano, que exclui da responsabilidade comum as dívidas contraídas por um dos cônjuges antes do casamento, pelo que não afasta as contraídas pelos dois cônjuges. De igual modo argumenta Gabrielli/Cubeddu, *ob. cit.*, p. 159. Sobre este aspecto, Mastropaolo/Pitter, *ibidem*, nota 70, consideram tratar-se de uma imprecisão como outras que caracterizam a Reforma de 1975.

³¹⁰ Como refere L. Bruscutiglia, *ob. e loc. cit.*, p. 340, a noção de obrigação *congiunta* assumida pelo legislador parece aludir a todas as espécies de obrigações que se integram no conceito de obrigação subjectivamente complexa, ou seja, não apenas obrigações solidárias *stricto sensu*, mas também obrigações parciárias, indivisíveis ou conjuntas. Também Gabrielli/Cubeddu, *ob. cit.*, p. 160.

Mastropaolo/Pitter, *ob. e loc. cit.*, p. 235 e pp. 282 e 283, referem que pelas dívidas assumidas conjuntamente pelos cônjuges (art. 186.º, al. d)) respondem os cônjuges solidária e ilimitadamente, nos termos gerais, só se colocando o problema de saber se o

termos do art. 186.º, al. d), responsabilizando pelo cumprimento também os bens próprios dos cônjuges solidariamente.

Tem sido também discutido relativamente às dívidas assumidas pelos dois cônjuges (al. d) do art. 186.º do Cód. Civil italiano), sobretudo a propósito da aquisição de um bem que integra imediatamente o património próprio de um dos cônjuges (p. ex., instrumentos relativos ao exercício da empresa – art. 178.º do Cód. Civil italiano), se, no caso de incumprimento, o credor pode obter a resolução do contrato e a restituição do bem e se pode executar directamente o bem em causa. No primeiro caso, obtendo a resolução do contrato obterá a restituição do bem, não importando a qualidade de próprio deste. No segundo caso, alguma doutrina exclui que o credor possa agir imediatamente sobre o bem, já que integrando o património próprio do cônjuge, e não a comunhão, só poderá ser afectado a título subsidiário (art. 190.º do Cód. Civil italiano)³¹¹. Outros, em sentido contrário, defendem que o credor pode executar os bens próprios do seu devedor, incluindo o bem em causa, tal como o pode fazer se ambos os cônjuges assumirem a dívida (art. 186.º, al. d), do Cód. Civil italiano)³¹².

Também no direito espanhol a lei prevê expressamente as dívidas contraídas por ambos os cônjuges. Não existindo no direito espanhol uma presunção de que as dívidas

credor pode de imediato executar os bens próprios ou só a título subsidiário. No mesmo sentido, A. Finocchiaro/M. Finocchiaro, *Riforma del diritto di famiglia (commentario sistematico alla legge 19 maggio 1975, N.º 151)*, vol. I, Milano, Giuffrè Editore, 1975, p. 568, Schlesinger, “Della comunione”, in AAVV, *Commentario alla riforma del diritto di famiglia, cit.*, sob a direcção de Carraro/Oppo/Trabucchi, p. 437, Salvestroni, “Comunione legale, efficacia degli acquisti separati e responsabilità per le obbligazioni contratte separatamente dai coniugi”, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, ano LXXVI, parte 1, 1978, p. 189, Cian/Villani, “La comunione dei beni tra coniugi (legale e convenzionale”, *Rivista di Diritto Civile*, ano XXVI, I, 1980, p. 368, Patrizia di Martino, *ob. e loc. cit.*, p. 230, Salvatore Patti, *Diritto privato. Introduzione - La famiglia - Le successioni*, Milano, Giuffrè Editore, 1999, p. 100, Ugo Minneci, “Responsabilità patrimoniale dei coniugi in regime di comunione legale”, in AAVV, *Trattato di Diritto di Famiglia de Paolo Zatti. Regime patrimoniale della famiglia*, Franco Anelli/Michele Sesta, vol. III, Milano, Giuffrè Editore, 2002, p. 364, e F. Tassinari, “Responsabilità dei coniugi in comunione legale, tutela dei creditori e scelta del regime della separazione dei beni”, in AAVV, *La comunione legale - Problematiche e questioni a venticinque anni dalla riforma*, Milano, Giuffrè Editore, 2003, p. 147. A decisão do tribunal de Bergamo, de 21 de Janeiro de 2002 (*Giur. It.*, Outubro, 2002, p. 1866), refere expressamente que pelas dívidas contraídas pelos dois cônjuges respondem os seus bens próprios solidariamente, e não nos termos do art. 190.º do Cód. Civil italiano, ainda que subsidiariamente em relação aos bens comuns. Contra, v., De Paola/A. Macri, *ob. cit.*, pp. 198 e 199 (ainda que se refira à al. c) parece reportar-se à al. d)), Santosuosso, *Commentario del Codice Civile. Delle persone e della famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia, cit.*, p. 279, e *Beni ed attività economica...*, *cit.*, p. 164 (para quem o legislador, no art. 190.º do Cód. Civil italiano, quis apresentar um critério preferencial de responsabilidade e quis evitar que por dívidas comuns respondesse o património de um dos cônjuges. Por isso, entende que a norma do art. 190.º se aplica a qualquer uma das alíneas do art. 186.º, não vendo razão para excluir a al. d)), e L. Barbiera, *ob. e loc. cit.*, pp. 565 e 570.

³¹¹ Patrizia di Martino, *ob. e loc. cit.*, pp. 214 e 215.

³¹² L. Brusuglia, *ob. e loc. cit.*, p. 343.

contraídas por um dos cônjuges são comuns³¹³, a prova de que se trata de uma dívida em que o património comum também responde nos termos do art. 1369.º do Cód. Civil espanhol cabe ao credor³¹⁴, o que não será fácil, pois este normalmente desconhece detalhes da vida doméstica (p. ex., a separação de facto, os contornos do exercício da profissão do cônjuge para saber se se trata de administração ordinária, a obrigação extracontratual em proveito comum...). Por isso, é frequente que o credor, para sua protecção, venha exigir o consentimento do outro cônjuge ou que este contraia a dívida conjuntamente com o outro, situação em que haverá, sem dúvidas, uma responsabilidade dos bens comuns (art. 1367.º do Cód. Civil espanhol)³¹⁵.

³¹³ Ao contrário do que acontece no ordenamento jurídico francês, cujo art. 1413.º do Cód. Civil francês determina uma presunção de que as dívidas contraídas por um dos cônjuges são comuns, salvo se a lei especificamente as considerar como próprias. E tal entendimento encontra a sua razão de ser no facto de que há também uma presunção de comunicabilidade activa dos bens adquiridos ao longo do casamento. Tem, por isso, todo o sentido, admitir uma presunção de comunicabilidade passiva.

³¹⁴ Para uma análise das diferentes posições doutrinárias sobre a questão da prova, v., Fátima Yáñez Vivero, “Deudas de un solo cónyuge...”, *loc. cit.*, pp. 565-573, e Nuria Hernández Rueda, *ob. cit.*, pp. 35-70. De facto, a maioria dos autores defende a posição apresentada no texto, afirmando mesmo a existência de uma presunção de que a dívida será própria sempre que contraída no interesse da família e de que cabe ao credor a prova da comunicabilidade da dívida, não podendo retirar-se do art. 1361.º do Cód. Civil espanhol e da presunção de comunicabilidade dos bens uma presunção de comunicabilidade das dívidas. V., A. Cabanillas Sánchez, “La mutabilidad del régimen económico matrimonial”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLVII, n.º 2, 1994, p. 183, F. J. Gardeazábal del Río, “La sociedad de gananciales”, in AAVV, *Instituciones de derecho privado, Familia*, sob a direcção de Víctor M. Garrido de Palma, tomo IV, vol. 2, Madrid, Civitas, 2002, pp. 146 e 147, etc. Neste sentido apontam também muitas decisões dos tribunais. Por outro lado, há autores que defendem a existência de uma presunção de comunicabilidade passiva, como a referida anteriormente o art. 1408.º do Cód. Civil espanhol, cabendo ao cônjuge a prova de que a dívida não é comum, mas própria, presumindo-se que o cônjuge ao contrair uma dívida actua no exercício da administração dos bens comuns, além de estar em concordância com a presunção de comunicabilidade dos bens adquiridos do art. 1361.º do Cód. Civil espanhol (J. Fernández Villa, “El pasivo de la sociedad de gananciales: en torno al art. 1.369 C.c.”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLVI, n.º 2, 1993, pp. 730-745 (ainda que afirme que a Reforma de 1981 não veio expressamente estatuir uma presunção de comunibilidade passiva), e José A. Alvarez-Caperochipi, *ob. cit.*, pp. 258 e 259). Também L. Díez-Picazo/A. Gullón, *ob. cit.*, p. 178, entendendo ser ao credor que incumbe a prova, parecem preferir esta última tese por considerarem muito difícil ao credor conhecer os detalhes da vida doméstica. De igual modo, Fátima Yáñez Vivero, “Deudas de un solo cónyuge...”, *loc. cit.*, p. 573, considera serem mais os argumentos a favor da comunicabilidade passiva. Nuria Hernández Rueda, *ob. cit.*, pp. 48 e 49, adopta uma posição ecléctica, ou seja, não existe qualquer presunção nem de comunicabilidade nem de pessoalidade da dívida, devendo, quem pretender alegar a comunicabilidade da dívida, provar o que alega, vigorando os princípios gerais em matéria de prova, nos termos do art. 282.º da *Ley de Enjuiciamiento Civil* (o mesmo acontece entre nós). Assim, cabe ao credor provar que a dívida é comum, o que, aliás, vem comprovado pelo art. 541.º da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, em relação ao art. 1373.º do Cód. Civil espanhol. Isto é, cabe ao credor provar, querendo executar bens comuns, na falta de bens próprios do devedor, a responsabilidade dos bens comuns, quando haja oposição do cônjuge não devedor no sentido de que os bens comuns não devem responder pela dívida. Apesar de tal prova nem sempre ser fácil, em certos casos, como, p.ex., na prática de actos de administração dos bens ou no exercício de uma profissão ou negócio, havendo boa fé do terceiro credor, bastar-lhe-á demonstrar a aparência, ou seja, que a administração ou a exploração parecia regular, para, com isso, responsabilizar os bens comuns (p. 64). Por outro lado, no caso das dívidas “a cargo” da comunhão não bastará a boa fé dos terceiros, mas também a prova de que a actuação do cônjuge ao contrair a dívida foi em proveito da família e de acordo com o padrão de vida familiar (p. 69). Neste sentido, também se pronuncia Javier Seoane Prado, *ob. e loc. cit.*, p. 350.

³¹⁵ V., Nuria Hernández Rueda, *ob. cit.*, p. 33. A dívida pode ser contraída pelos dois cônjuges ou por um com o consentimento do outro, tendo, nos dois casos, como efeito a responsabilização do património comum e a responsabilização do património de ambos os cônjuges (M.ª Eugenia Rodríguez Martínez, *Disposición de bienes gananciales*, Navarra, Aranzadi, 2000, p. 75). Contra,

Com efeito, o art. 1367.º do Cód. Civil espanhol (que corresponde ao art. 186.º, al. d), do Cód. Civil italiano, e ao art. 1418.º do Cód. Civil francês) dispõe que, além dos bens próprios dos devedores (nos termos gerais do art. 1911.º do Cód. Civil espanhol), respondem os bens comuns pelas dívidas contraídas por ambos os cônjuges ou por um com o consentimento expresso do outro³¹⁶.

Repare-se que a nossa lei só fala nas dívidas contraídas por um dos cônjuges com o consentimento³¹⁷ do outro e não das que sejam contraídas com o respectivo suprimento judicial. É que, tal como refere Pereira Coelho, tal suprimento é desnecessário, dado que, como vimos, qualquer dos cônjuges tem legitimidade para contrair dívidas sem o consentimento do outro³¹⁸. Concebia-se, porém, que a lei admitisse o suprimento

v., p. ex., Camino Sanciñena Asurmendi, *ob. cit.*, p. 235, nota 607, para quem só se ambos os cônjuges actuarem conjuntamente a dívida responsabiliza o património de ambos, e M.ª Dolores Díaz-Ambrona Bardaji/Francisco Hernández Gil, *Lecciones de Derecho de Familia*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1999, p. 290. Se um actuar com o consentimento do outro, respondem os bens comuns e os bens próprios do cônjuge que contraiu a dívida, mas não os bens do outro cônjuge.

O art. 541.º da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, de 2000, regula a execução dos bens comuns por dívidas contraídas por um dos cônjuges e pelas quais deva também responder a comunhão. Permite, assim, a execução dos bens comuns e a demanda apenas contra o cônjuge devedor. Deve, porém, na execução, ser notificado o outro cônjuge que pode opor-se à execução, pelas mesmas causas que o executado e ainda por os bens comuns não deverem, por não serem responsáveis, responder pela dívida. Em caso de oposição, cabe ao credor provar a responsabilidade dos bens comuns. Se não a provar, resta ao credor o recurso ao art. 1373.º do Cód. Civil espanhol, responsabilizando os bens próprios e a meação do cônjuge devedor nos bens comuns. V. também, M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 1749-1752, sobre a questão processual, considerando que é o credor que deve provar o carácter comum da dívida. Também no caso de fiança de um cônjuge ao outro deve intentar-se a acção contra os dois cônjuges (A. Ocaña Rodríguez, *ob. cit.*, p. 64). A este propósito, C. Saiz García, *ob. cit.*, p. 40, considera que deve equiparar-se ao previsto no art. 1367.º do Cód. Civil espanhol a situação de não oposição do cônjuge não devedor quando se trate de dívidas pelas quais responderia apenas a meação do cônjuge devedor, nos termos do art. 1373.º do mesmo código. Isto é, se o cônjuge não devedor nada fizer, uma vez notificado para efeitos do art. 1373.º do Cód. Civil espanhol, o credor poderá não só penhorar a meação do devedor nos bens comuns, mas a totalidade dos bens comuns por se entender haver um consentimento tácito do outro cônjuge que decorre da sua atitude de passividade.

³¹⁶ Como referem L. Díez-Picazo/A. Gullón, *ob. cit.*, pp. 178 e 179, uma excepção a esta regra resulta do art. 1320.º do Cód. Civil espanhol, que exige o consentimento de ambos os cônjuges para a prática de actos de disposição sobre a casa de morada da família e os móveis de uso ordinário, mesmo que próprios de um dos cônjuges. De facto, se a casa for própria de um dos cônjuges, as dívidas resultantes dos actos de disposição consentidos pelo outro cônjuge (não titular) deve afectar apenas o património do cônjuge titular, dado que o consentimento foi um simples acto de controlo necessário para a vida familiar. Contra, pronuncia-se Mata Pallares, “Deuda y responsabilidad en la contratación de persona casada”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXV, 1959, pp. 338 e 339, ao considerar que no caso apresentado o cônjuge que presta o seu consentimento também responde com os seus bens próprios. Admite, porém, tratar-se de uma questão duvidosa.

³¹⁷ Castro Mendes, “O consentimento do cônjuge na constituição de obrigações”, *Direito e Justiça*, vol. II, 1981/86, pp. 23 e 24, duvida que o termo “consentimento” esteja empregue em sentido exacto e rigoroso. “Na verdade, a palavra *consentimento* exprime a ideia de manifestação de vontade *necessária*, manifestação de vontade que é pressuposto da regularidade ou eficácia de outro acto. Assim, o termo está bem empregue por exemplo no n.º 1 do art. 1682.º - sem o consentimento aí referido, o acto de alienação ou oneração é anulável, art. 1687.º (...). O art. 1690.º, n.º 1, torna o uso do termo no art. 1691.º, n.º 1, alínea a), anómalo e irregular”. Trata-se, efectivamente, de um consentimento “*supérfluo*”. Será uma manifestação de vontade do cônjuge, anterior ao contraimento de uma dívida pelo outro ou simultânea com ele, receptícia ou recipienda e tendo por objecto a aprovação do referido contraimento.

³¹⁸ Pereira Coelho, *Curso...*, *cit.*, 1986, p. 424, e Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 449. No mesmo sentido, A. Lopes Cardoso, *A Administração dos Bens...*, *cit.*, pp. 264-266.

judicial do consentimento para o efeito de a respectiva dívida ser de responsabilidade comum³¹⁹. De qualquer forma, a lei parece não o admitir.

Algumas questões podem colocar-se a propósito deste consentimento previsto na al. a)³²⁰.

A primeira será a de saber se este consentimento há-de ser prestado em momento anterior à constituição da dívida ou simultâneo com ela. Ora, o cônjuge pode dar o seu consentimento antes da dívida ou no próprio acto de constituição desta, mas já não poderá dá-lo *ex post facto*. Após a constituição da dívida o cônjuge já não pode consentir nela, só podendo a ela aderir. Ou seja, uma coisa é o consentimento, prévio ou simultâneo à contracção da dívida, e outra coisa a eventual ratificação do acto realizado por um dos cônjuges sem o consentimento do outro. Ora, exigindo a lei o consentimento, que poderá revestir a forma expressa ou tácita, parece ser de excluir, para efeitos da al. a) do n.º 1 do art. 1691.º, a ratificação pelo cônjuge da dívida contraída pelo outro com vista à comunicabilidade da dívida³²¹. Parece-nos, em todo o caso, que a adesão ulterior do cônjuge à dívida, demonstrada por comportamentos concludentes nesse sentido, deveria também responsabilizar ambos os cônjuges pela dívida, sob pena de poder gerar situações injustas (o cônjuge que contrai a dívida responde sozinho e o outro acaba por usufruir da referida contracção da dívida – p. ex., se um cônjuge manda reparar um automóvel de colecção do seu cônjuge, cuja reparação é urgente, enquanto este está ausente, contraindo, assim, uma dívida em benefício do seu cônjuge, este usufrui do resultado da contracção da mesma e não responderia pela obrigação contraída), sobretudo quando a dívida não cabe numa das restantes alíneas do n.º 1 do art. 1691.º (no exemplo apresentado, a dívida não integra a al. b) nem a al. c), pois não será encargo normal da vida familiar, dado ser um carro de colecção utilizado apenas por um dos cônjuges, e não se tratar de dívida contraída em proveito comum nem pelo cônjuge administrador). Por isso, a al. a), e neste ponto, deveria ser

³¹⁹ Neste sentido, v., Eduardo dos Santos, *Direito da Família*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 1999, p. 319.

³²⁰ Seguimos aqui de perto o texto de Castro Mendes, *loc. cit.*, pp. 24 e segs.

³²¹ Repare-se que não deve confundir-se a adesão ulterior à dívida resultante de comportamento concludente do cônjuge nesse sentido, e que verdadeiramente traduz uma ratificação (p. ex., se um cônjuge compra uma viagem de férias para a família muito além das possibilidades financeiras e do padrão de vida familiar e o outro cônjuge aceita e vai também na viagem; ou se um cônjuge manda reparar o automóvel desportivo do outro, enquanto este está ausente, e este, quando regressa, utiliza o referido automóvel como habitualmente), com o consentimento tácito, que se deduz de factos que, com toda a probabilidade o revelam (art. 217.º, n.º 1, 2.ª parte). Este traduz-se numa manifestação indirecta da vontade que se baseia num comportamento concludente do cônjuge que não contraiu a dívida e que será anterior à contracção da dívida (p. ex., se um cônjuge pretende comprar um iate de recreio para os seus tempos livres, e por si só utilizado, e o outro cônjuge analisa as propostas de negócio e ajuda-o a escolher).

interpretada no sentido de que o consentimento abrange também a ratificação do acto de contracção da dívida.

Na lei italiana entende-se que a dívida prevista no art. 186.º, al. d), do Cód. Civil italiano, pressupõe uma obrigação assumida pelos cônjuges pelo mesmo título, isto é, não será de incluir as obrigações de garantia assumidas por um dos cônjuges em favor do outro. Neste caso não pode considerar-se existir uma obrigação assumida *congiuntamente* pelos cônjuges e, assim, respondem pela mesma (salvo se for no interesse da família – al. c) do art. 186.º do Cód. Civil italiano) os bens próprios dos cônjuges³²². No direito espanhol (art. 1367.º do Cód. Civil espanhol) admite-se que o cônjuge que não contraiu a dívida, e apenas consentiu nela, possa dar o seu consentimento em momento ulterior, ratificando o acto do outro³²³.

Depois, o consentimento é uma declaração de vontade receptícia ou recipianda, ou seja, só produz efeitos se levado ao conhecimento de outrem. O problema está em saber quem é o destinatário desta declaração de vontade: o outro cônjuge, o credor, o outro cônjuge e o credor, o outro cônjuge ou o credor.

A primeira hipótese vê o outro cônjuge como o destinatário. Só que, como sabemos, o consentimento torna a dívida comunicável e, assim, o consentimento conhecido só do cônjuge vai criar um novo devedor que o credor não conhece. A atribuição de direitos a um titular mesmo no desconhecimento deste não repugna à lei (veja-se o contrato a favor de terceiro que não tem que ser comunicado ao beneficiário e que adquire

³²² V., G. Oppo, "Responsabilità patrimoniale...", *loc. cit.*, p. 117, Schlesinger, *ob. e loc. cit.*, sob a direcção de Carraro/Oppo/Trabucchi, pp. 430 e 431, Corsi, *ob. cit.*, p. 161, A. Finocchiaro/M. Finocchiaro, *Diritto di famiglia...*, *cit.*, p. 1105, M. Gionfrida Daino, *ob. cit.*, p. 55, Enrico Quadri, "Obblighi gravanti sui beni...", *ob. e loc. cit.*, p. 775, Mastropaolo/Pitter, *ob. e loc. cit.*, p. 252, De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia...*, *cit.*, p. 615, e *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato...*, *cit.*, p. 699, L. Barbiera, *ob. e loc. cit.*, p. 565, M. Morelli, *ob. cit.*, p. 121, Gabrielli/Cubeddu, *ob. cit.*, p. 160, e M. Verzera, "Le obbligazioni dei coniugi in comunione legale e la solidarietà matrimoniale in prospettiva costituzionale", in AAVV, *Manuale del nuovo Diritto di Famiglia*, *cit.*, sob a direcção de G. Cassano, pp. 623 e 624. De Paola (p. 616, da primeira obra citada, e p. 700, da segunda obra) analisa o problema da duvidosa eficácia da prática bancária da inclusão, num contrato de financiamento, de uma cláusula segundo a qual o débito é assumido pela comunhão, com renúncia ao previsto no art. 190.º do Cód. Civil italiano, no caso de excussão completa dos bens próprios do cônjuge subscritor. Tal cláusula implica uma alteração das regras do regime da responsabilidade patrimonial (mesmo da norma geral do art. 2740.º do Cód. Civil italiano), matéria subtraída à livre disponibilidade das partes. Além disso, implica uma alteração da responsabilidade patrimonial no âmbito do casamento sem observância dos limites e da forma de alteração das convenções matrimoniais. A. Galasso, *ob. cit.*, p. 420, dando como exemplo um mútuo contratado por um dos cônjuges para aquisição da casa de morada da família, onde o outro cônjuge garante o pagamento com uma hipoteca sobre um seu bem pessoal, entende que só será de excluir a al. d) do art. 186.º do Cód. Civil italiano, e a responsabilidade dos bens comuns, se as dívidas em causa não visarem o interesse familiar (como acontece no exemplo, situação em que os bens comuns respondem, nos termos da al. c) do art. 186.º) mas interesses diversos.

³²³ Manuel Albaladejo, *Curso de Derecho Civil...*, *cit.*, p. 173, F. J. Gardeazábal del Río, *ob. e loc. cit.*, p. 147, Lledó Yagüe, *et alii*, *ob. cit.*, p. 244, e C. Saiz García, *ob. cit.*, p. 35. Não é, por isso, necessário, a participação de ambos os cônjuges na contracção da dívida, como resulta do ordenamento jurídico italiano.

automaticamente direitos por virtude dele). Só que na al. a) do n.º 1 do art. 1691.º a co-responsabilização, solidária ou conjunta, de uma obrigação não beneficia só o credor, mas também os co-devedores.

A segunda alternativa parte do entendimento de que o consentimento do cônjuge traduz-se na co-assunção da dívida, e esta declaração tem necessariamente um destinatário, o credor. Por isso, é recipianda por este, nos termos do art. 224.º, n.º 1. Só que a figura do consentimento prevista no art. 1691.º, n.º 1, al. a), é uma figura de Direito da Família, pois fora do âmbito das relações conjugais não tem qualquer forma de paralelo. Ora, nenhum significado tem uma dívida com o consentimento de terceiro. Daqui resulta que esta figura não respeita às relações credor-devedor mas às relações entre os cônjuges. O cônjuge dá o seu consentimento ao outro cônjuge. Por isso, não faz sentido um consentimento comunicado apenas ao credor e secreto para o cônjuge que vai contrair a obrigação.

A terceira possibilidade, exigindo o conhecimento do cônjuge e do credor, seria exigir algo que a lei não faz.

Finalmente, para a quarta hipótese, exigir-se-ia o conhecimento do cônjuge ou do credor. Nos termos do art. 224.º, as declarações de vontade são recipiandas quando só produzem efeitos jurídicos quando levadas ao conhecimento de outrem. Excepto quando a lei disponha de outro modo (como em matéria de testamento), a declaração de vontade que se destine a produzir efeitos em esfera jurídica de outra pessoa que não declarante tem de ser conhecida por esta e, por isso, levada ao seu conhecimento. Assim, o consentimento é uma declaração recipianda do cônjuge não declarante se e na medida em que se destina a produzir efeitos perante esse cônjuge; é uma declaração recipianda do credor se e na medida em que se destina a produzir efeitos perante o mesmo credor. O consentimento secreto ou comunicado apenas a terceiro será irrelevante.

Por isso, a questão que se poderá colocar é a de saber que forma há-de revestir o consentimento previsto naquela al. a). No silêncio da lei, parecerá razoável recorrer aos princípios gerais que regulam a declaração negocial. De acordo com o princípio da liberdade declarativa (art. 219.º), poderá admitir-se qualquer forma, mesmo a tácita³²⁴.

³²⁴ Antunes Varela, *ob. cit.*, p. 398, nota 1, refere, em sentido diferente, que a forma do consentimento, quando o cônjuge não intervenha directamente no acto que serve de fonte à obrigação, será a requerida para a realização desse acto. Tal entendimento foi também defendido, à luz do Cód. de Seabra, p. ex., pelo ac. do STJ, de 06.05.1955 (*BMJ*, n.º 49.º, 1955, p. 482). De facto, entendeu o STJ que, muito embora o art. 1195.º do Cód. de Seabra referisse que a autorização marital podia ser dada “de palavra, por escrito ou por factos, de que ela necessariamente se deduz”, tal autorização deveria revestir forma igual à do acto de que a dívida dimanava. O art. 1195.º deveria harmonizar-se com o art. 686.º do mesmo código e se o negócio jurídico carecesse de forma externa para

Contudo, e para além das dificuldades de prova que podem surgir em casos de conflito, a conjugação desta al. a) com o art. 1695.º, n.º 2, pode dar origem a profundas injustiças, quando o consentimento é prestado secretamente ao outro cônjuge³²⁵. Assim, o consentimento só se tornará eficaz logo que a respectiva comunicação chegue ao poder do credor ou seja dele conhecida. Se o consentimento do cônjuge não contraente da obrigação for comunicado ao credor, antes da constituição da obrigação, o futuro credor fica avisado de que o consentimento operará os seus efeitos, comunicando-se a dívida, nos termos e para os efeitos do art. 1695.º.

produzir efeitos, também deveria ser formal a autorização do outro cônjuge. No mesmo sentido, v., o ac. do STJ, de 05.06.1962 (BMJ, n.º 118.º, 1962, p. 523).

Parece-nos, contudo, que, ainda que dessa forma se pudessem evitar certos problemas, é, no mínimo, forçado admitir tal exigência, sobretudo porque a lei não a faz, vigorando, portanto, o princípio da liberdade de forma.

Cunha Gonçalves, *Direitos da Família...*, cit., 258-261, distingue diferentes formas de autorização marital atendendo ao acto em causa (autorização tácita, autorização verbal, autorização por escrito e escrito autêntico ou autenticado). Nos termos do art. 1196.º do Cód. de Seabra, somente a autorização para comerciar, hipotecar ou alienar bens imóveis ou para propor acções em juízo exigiria documento autêntico ou autenticado.

O art. 1367.º do Cód. Civil espanhol ao exigir um consentimento “expresso” apenas quer exigir que na verdade o consentimento exista, mesmo que não tenha sido expressamente conferido, mesmo até tacitamente conferido, mas que se deduza com toda a segurança da conduta do cônjuge.

³²⁵ É este o problema analisado por Castro Mendes, *loc. cit.*, pp. 29-31. Apresenta o autor o seguinte caso: A e B são casados em regime de separação. A propõe-se pedir 1000 contos emprestados a C. B dá o seu consentimento, sem conhecimento de C. Realizado o empréstimo por C a A, e pretendendo C cobrar os 1000 contos de A, é-lhe oposto que A só deve 500 contos, devendo B os outros 500 (arts. 1691.º, n.º 1, al. a), e 1695.º, n.º 2). Neste domínio parecerá um absurdo considerar relevante o consentimento secreto, pois veja-se: no caso apresentado, C emprestou a A e só neste confiou. Seria uma extrema injustiça que, sem o seu conhecimento, a lei repartisse a dívida entre A e B, investindo B em metade da mesma dívida, sendo certo que B até pode não ter condições para pagar.

Normalmente a comunicabilidade da dívida é um fenómeno que opera em benefício do credor: um dos cônjuges contrai uma dívida (fica responsável) e, nos casos do art. 1691.º, a essa responsabilidade acresce a do outro cônjuge. Contudo, no caso do art. 1695.º, no regime de separação, a conversão da dívida em comunicável, não opera em benefício do credor. A responsabilidade dos cônjuges não é solidária mas conjunta, o que pode constituir um prejuízo para o credor. Se o marido, p. ex., for muito rico e a mulher muito pobre, a assunção da dívida pelos dois em termos de solidariedade ou conjugação pode significar para o credor a satisfação de todo o crédito ou só de metade. Face a tal situação, Castro Mendes entende que se o consentimento do cônjuge não contraente da obrigação não for comunicado ao credor antes da constituição da obrigação, por forma a que fique avisado da comunicação da dívida, e dessa comunicação nos termos do art. 1695.º, n.º 2, não produz efeitos em relação a esse credor. É talvez a solução mais adequada.

Igual crítica é apresentada por alguns autores italianos quanto à responsabilidade conjunta do art. 190.º do Cód. Civil italiano, no caso de dívida contraída por um dos cônjuges com o consentimento do outro. O cônjuge que contraiu a dívida apenas responde “na medida da metade” em relação aos bens de resíduo, na falta de outros bens comuns e de bens do outro cônjuge. V., Mastropaolo/Pitter, *ob. e loc. cit.*, p. 282, e F. Parente, *loc. cit.*, p. 1869. Se assim não fosse, o acréscimo de responsabilidade conferido pelo art. 190.º do Cód. Civil italiano (responsabilizando os bens comuns e não apenas o património do cônjuge devedor) provocaria o efeito inverso, ou seja, se um dos cônjuges contrair uma dívida sem consentimento do outro e sem ser no interesse da família, tal dívida responsabiliza a totalidade do seu património; mas se a dívida for contraída por um com consentimento do outro, a dívida será comum e respondem por ela os bens comuns e, a aplicar literalmente o art. 190.º, os bens próprios dos cônjuges na medida da metade. Ora, pode acontecer que só o cônjuge devedor tenha bens: o credor que deveria ficar mais protegido pela responsabilização da comunhão (tanto mais que há consentimento de ambos os cônjuges) ficaria prejudicado dado que, na falta de bens comuns, poderá só obter metade do seu crédito. V., A. Finocchiaro/M. Finocchiaro, *Diritto di famiglia...*, cit., p. 1118.

Em face de tal comunicação, sendo certo que ela pode ser prejudicial na hipótese do art. 1695.º, n.º 2, o futuro credor fica avisado e poderá optar por uma de várias atitudes: pode recusar a sua colaboração no acto de constituição da obrigação, pelo menos até que o cônjuge que prestou o consentimento o venha revogar; ou pode exigir o afastamento expresso, no contrato, pelo cônjuge contraente, do regime do art. 1695.º, n.º 2³²⁶; ou pode exigir a participação de ambos os cônjuges, com a substituição do regime do art. 1695.º, n.º 2 pelo regime da solidariedade; ou pode até aceitar o empréstimo, devendo entender-se que conhece a lei (ainda que tal ponto de partida na prática não se verifique) e sabe que efeitos isso produz (no caso de separação de bens, o consentimento prestado por um cônjuge ao outro conduz ao regime da responsabilidade conjunta, onde cada cônjuge só responde por metade da dívida contraída).

Pode acontecer também que o cônjuge não se limite a consentir na dívida contraída pelo outro. Como refere M. Amorós Guardiola há a possibilidade de um cônjuge prestar fiança pela dívida contraída pelo outro, nos termos do art. 1827.º do Cód. Civil espanhol³²⁷. Não basta para isso que o cônjuge dê o seu consentimento expresso (situação que pode obrigar os bens comuns, nos termos do art. 1367.º do Cód. Civil espanhol, mas não os seus bens próprios). Entende o autor que a constituição de fiança não implica o consentimento para os efeitos do art. 1367.º do Cód. Civil espanhol. Ou

³²⁶ Tal cláusula reduz-se ao efeito da responsabilização solidária dos bens próprios dos cônjuges. A sua validade não é afectada pelo art. 1699.º, al. b), ou seja, ainda que os cônjuges não possam alterar o regime imperativo da responsabilidade por dívidas, que a lei fixou para salvaguarda de terceiros credores e para protecção da própria família, não se trata aqui disso, mas apenas de em relação a uma dívida estabelecer um regime de solidariedade em vez da conjunção (o que até beneficia o credor em causa), de determinar como respondem os cônjuges pela dívida (e parece possível, como veremos, os cônjuges convencionarem, ao nível interno da sua relação, qual o património que responde definitivamente pela dívida). Ou seja, será o afastar o regime da conjunção previsto no art. 1695.º, n.º 2, pela convenção expressa do regime da solidariedade nos termos gerais do Direito Civil (art. 513.º). Esta hipótese distingue-se da apresentada em terceiro lugar, pelo facto de, neste caso, ambos os cônjuges participam e obrigam os seus bens pela dívida, enquanto que no anterior, ainda que a dívida seja comum, só um dos cônjuges se obrigou mas estabeleceu-se o regime da solidariedade entre os cônjuges. O efeito final é o mesmo. Apenas duvidámos que na hipótese em que apenas um dos cônjuges se obriga e renuncia ao regime da conjunção, não haja necessidade de intervenção do outro cônjuge (ou, pelo menos, que a cláusula seja do seu conhecimento e tenha dado o seu consentimento), já que passará a responder solidariamente por uma dívida onde o regime era da conjunção, exigindo o art. 513.º a manifestação da vontade das partes (e não parece que se refira, neste caso, apenas a um dos cônjuges e ao credor - o outro cônjuge também será parte para este efeito). Porém, e por outro lado, é isto que acontece nos regimes de comunhão, quando um dos cônjuges contrai, como encargo normal da vida familiar ou em proveito comum, uma dívida sem consentimento do outro cônjuge. Ainda que, aqui, respondam, em primeiro lugar, os bens comuns, a responsabilidade dos bens próprios do cônjuge não devedor é solidária. Mesmo que consideremos que a independência patrimonial mais patente no regime de separação não justifica a diferença de tratamento no caso das dívidas destinadas a satisfazer os encargos normais da vida familiar, como veremos, parece ser de exigir a participação do outro cônjuge nos casos referidos (tanto mais que a actual regulamentação não permite outra interpretação). Castro Mendes, *Direito da Família*, Lisboa, AAFDL, 1997, p. 30, pelo contrário, refere a existência deste tipo de cláusulas e não parece exigir qualquer necessidade de intervenção do outro cônjuge.

³²⁷ M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 1743 e 1744.

seja, havendo fiança de um cônjuge ao outro, respondem os bens próprios do devedor e na sua falta ou insuficiência os bens comuns, nos termos do art. 1373.º do Cód. Civil espanhol (podendo o cônjuge exigir a substituição dos bens comuns). Se os bens próprios do devedor e a sua meação nos comuns não forem suficientes então respondem os bens próprios do cônjuge fiador (que goza, assim, do benefício de excussão prévia).

2.2.2. Art. 1691.º, n.º 1, al. b), do Cód. Civil

Foi por sugestão de Braga da Cruz que o Cód. Civil de 1966 destacou da zona genérica das dívidas contraídas em proveito comum do casal o núcleo específico das dívidas destinadas a ocorrer aos encargos normais da vida familiar (art. 1691.º, n.º 1, al. b))³²⁸. A comunicabilidade das dívidas que correspondem a um encargo normal da vida familiar nada deve ter que ver com a titularidade da administração nem com a amplitude dos poderes que ela envolve (cfr. o art. 1691.º, n.º 1, al. c)). São dívidas que devem onerar ambos os cônjuges por força da própria natureza que revestem, quer sejam contraídas antes ou depois da celebração do casamento e quer caibam nos poderes de administração de quem as contrai quer os excedam. Devem reservar-se para a al. b) as dívidas que são pura despesa, e não verdadeiro acto de administração, justificadas pela necessidade de prover aos encargos normais da vida familiar (alimentação, vestuário, despesas com o médico, etc.).

Os encargos normais da vida familiar coincidem, em larga medida, com as despesas inerentes ao governo doméstico e, por isso, poderiam até considerar-se abrangidas na al. c) do mesmo artigo, referente às dívidas contraídas pelo cônjuge administrador em proveito comum do casal. A autonomização da referência àqueles encargos justifica-se por várias razões, nomeadamente, porque há despesas normais do agregado familiar que não constituem verdadeiros actos de gestão ou administração de um património; porque a responsabilização de ambos os cônjuges por essas despesas normais do agregado familiar se justifica mesmo que o encargo tenha sido custeado pelo cônjuge não administrador ou que excedeu os limites dos seus poderes de administração e mesmo

³²⁸ Braga da Cruz, “Capacidade patrimonial dos cônjuges...”, *loc. cit.*, pp. 390 e 391.

Repare-se que já Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, *cit.*, vol. VI, pp. 386-389, chamava a atenção para a não referência legal aos “encargos normais do casamento” que são, normalmente, as fontes das dívidas dos cônjuges. Falava, assim, em despesas do lar e despesas de administração às quais se deveria aplicar, por analogia e maioria de razão, os arts. 1247.º e 1285.º do Cód. de Seabra (relativos às “despesas da manutenção dos sócios e das suas famílias”), na medida em que isso não chocasse com as características especiais da sociedade conjugal.

que a despesa não reverta em proveito comum do casal (como a despesa feita com a doença de um dos cônjuges ou a compra a crédito por um dos cônjuges de um carro desportivo para seu exclusivo gozo...) ³²⁹; etc. Essencial para o efeito é que, não só pela sua natureza, mas também pelo seu valor, as dívidas caibam entre os encargos normais da vida familiar, tendo em conta o padrão de vida do casal, estabelecido nos termos do art. 1671.º, n.º 2. Tratar-se-á de pequenas dívidas, correntes ou periódicas, como as dívidas de alimentação, vestuário, médicas e de farmácia, etc. ³³⁰. Apesar da lei não especificar em que consistem estes *encargos da vida familiar*, e cuja determinação depende de diversos factores (como as condições económicas, os usos, o padrão de vida habitual e próprio de cada casal) pode dizer-se que neles cabem todas as despesas inerentes à vida doméstica que, dentro do padrão de vida possibilitado pelos meios económicos à disposição dos cônjuges, correspondem aos hábitos da generalidade dos casais em iguais ou idênticas condições económicas e sociais ³³¹.

De entre as normas relativas ao estatuto imperativo de base, o Cód. Civil francês, regula, nos arts. 214.º e 220.º, a responsabilidade pelas dívidas relativas aos encargos da vida familiar, aplicando-se a qualquer regime de bens. Estes artigos determinam a extensão do “*droit de poursuite*” do credor ³³² e, por outro lado, agora no domínio das

³²⁹ V., A. Lopes Cardoso, *A Administração dos Bens...*, cit., pp. 198 e 199.

³³⁰ A jurisprudência tem-se também pronunciado quanto a esta al. b). Cfr., p. ex., os ac. do STJ, de 08.05.1979 (*BMJ*, n.º 287.º, 1979, p. 311); de 10.01.1980 (*BMJ*, n.º 293.º, 1980, p. 382); de 27.06.2000 (*Col. Jurisp.(STJ)*, tomo III, 2000, p. 130, relativo a fiança prestada pelo marido como sócio de uma sociedade. Aí se decide que uma dívida é contraída para suportar os encargos normais da vida familiar quando os satisfaz directamente, isto é, “quando traduz o preço não pago de bens ou serviços que os integrem”, ainda que também o possa ser quando a dívida deriva de um mútuo celebrado para obter disponibilidades financeiras que permita pagar bens ou serviços dessa natureza. Pronuncia-se no sentido de que esta relação directa não existe no caso da fiança, já que só eventual e mediatamente afectaria os rendimentos do marido e, de qualquer modo, poderia não se repercutir nesses encargos, já que a fiança à sociedade poderia traduzir-se num aumento dos rendimentos do marido utilizado, porém, para outras despesas que não as dos encargos da vida familiar); e de 18.09.2003 (*Col. Jurisp. (STJ)*, tomo III, 2003, p. 39, que considerou da responsabilidade de ambos os cônjuges a dívida contraída por um deles no exercício da sua actividade de advogado de onde extrai proventos para fazer face aos encargos normais da vida familiar); da RL, de 24.11.1978 (*Col. Jurisp.*, tomo V, 1978, p. 1559); de 28.11.1978 (*Col. Jurisp.*, tomo V, 1978, p. 1560, onde se refere que “em regime de separação de bens, o outro cônjuge é também responsável pela satisfação de uma dívida contraída só pelo marido comerciante, no exercício do seu comércio, para ocorrer aos encargos normais da sua vida familiar (...)”); de 19.01.1979 (*Col. Jurisp.*, tomo I, 1979, p. 102, onde se determina que “são da responsabilidade de ambos os cônjuges, apesar de separados de facto, as dívidas contraídas por um só deles durante a separação para ocorrer à sua manutenção e à dos filhos do casal”); e de 08.07.1999 (*Col. Jurisp.*, tomo IV, 1999, p. 93, onde se afirma que “a aquisição dum veículo automóvel nos dias de hoje, embora frequente, não pode ser considerada um encargo normal da vida familiar”); e da RC, de 05.02.1980 (*BMJ*, n.º 296.º, 1980, p. 340, e *Col. Jurisp.*, tomo I, 1980, p. 122).

³³¹ Fernando Brandão Ferreira Pinto, *Causas do divórcio*, Coimbra, Almedina, 1980, p. 83.

³³² E, conseqüentemente, se os cônjuges estão casados em regime de comunhão, regula a questão de saber se o credor pode exigir o pagamento da dívida apenas pelos bens próprios do devedor ou também contra os bens que integram a massa comum e os bens próprios do outro cônjuge – “*obligation à la dette*” (art. 220.º do Cód. Civil francês).

relações entre os cônjuges, a contribuição de cada um dos cônjuges para os encargos em causa (“*contribution à la dette*” - art. 214.º do Cód. Civil francês)³³³.

Do ponto de vista da “*obligation à la dette*” atribui-se, com total reciprocidade, a cada um dos cônjuges o poder de sozinho realizar validamente os negócios relativos às despesas domésticas (“*entretien du ménage*”) e educação dos filhos. Apesar desta autonomia que cada um dos cônjuges tem para contrair tais dívidas, a lei não deixa de acentuar a interdependência entre os cônjuges, já que as dívidas assim contraídas por um obrigam solidariamente ambos os cônjuges (reforçando, por isso, o crédito à família). Do ponto de vista da “*contribution à la dette*”, qualquer que seja o regime matrimonial, em nenhum deles se dispensa os cônjuges de contribuir para os encargos da vida familiar. Esta contribuição implica que ambos assumam a sua parte nos

³³³ Quanto à análise do art. 214.º do Cód. Civil francês e do dever de contribuição entre cônjuges, v., Roger Nerson, “Personnes et droits de famille”, *Revue de Droit Civil*, 1980, pp. 345-354, Boulanger, *Droit Civil de la Famille (aspects internes et internationaux)*, 2.ª ed., tomo I, Paris, Economica, 1992, pp. 275-280, Henri Mazeaud, *et alii, Leçons de Droit Civil. La famille*, cit., pp. 505-508, Flour/Champenois, *ob. cit.*, pp. 53-60, Carbonnier, *ob. cit.*, pp. 468-470 e pp. 480 e 481, A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., pp. 52 e segs., Rémy Cabrillac, *ob. cit.*, pp. 29-34, Montanier, *ob. cit.*, pp. 33-36, e, em especial, sobre o referido artigo, E. Abitbol, “La contribution aux charges du mariage et son contentieux différé”, in AAVV, *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, pp. 1-25. Importa referir que, tal como entre nós, a obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar (arts. 1675.º e 1676.º do nosso Cód. Civil e art. 214.º do Cód. Civil francês) é mais lata que a simples prestação de alimentos, que pressupõe um estado de necessidade (arts. 1675.º e 2015.º e 2016.º do nosso Cód. Civil e art. 212.º do Cód. Civil francês). O mesmo se diga a respeito do art. 318.º do Cód. Civil espanhol e do art. 221.º do Cód. Civil belga. É normal, porém, que a obrigação alimentar seja consumida pela obrigação de contribuir para os “*charges du mariage*”. Aquela ganha autonomia quando a contribuição de um dos cônjuges face ao outro é insuficiente para assegurar as necessidades alimentares deste. No caso de separação de pessoas o dever de assistência e cooperação mantém-se, nos termos do art. 303.º do Cód. Civil francês. Logo que o casamento termine por divórcio, retroagindo os efeitos patrimoniais deste à data da propositura da acção, termina também aí a obrigação de cada um dos cônjuges de contribuir para os “*charges du mariage*”, apesar de uma eventual pensão alimentar ser devida. A contribuição dos cônjuges pode ser prestada não só em dinheiro, mas também em espécie, no trabalho doméstico ou na colaboração na profissão do outro cônjuge, e não se resume ao sustento do lar e educação dos filhos (abrangendo todas as despesas incluídas no estilo de vida do casal). A jurisprudência tem entendido que um cônjuge que trabalha em benefício do outro pode, no que exceder o seu dever de contribuição, requerer uma restituição com fundamento no instituto do enriquecimento sem causa (p. ex., Cass. civ. 1.ª, de 9 de Janeiro de 1979 (*Bull. Civ. I*, n.º 11)).

Repare-se ainda na maior amplitude da noção “*charges du mariage*” em comparação com a de “*dettes ménagères*” a que se refere o art. 220.º do Cód. Civil francês (v., A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., pp. 53 e 54). Todas as “*dettes ménagères*” são “*charges du mariage*” (todas as despesas necessárias à satisfação dos encargos normais da vida familiar), mas há outras despesas que, apesar de não abrangidas pela solidariedade do art. 220.º, integram o dever de contribuição, já que decorrem da direcção material e moral comum da família pelos dois cônjuges, referida no art. 213.º do Cód. Civil francês (M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, p. 23). P. ex., constitui um encargo do casamento o pagamento da indemnização causada pelo dano provocado pelo filho menor, mas já não o imposto sobre o rendimento (que constitui um encargo directo sobre os rendimentos pessoais, que são considerados comuns), não integrando os encargos do casamento no sentido do art. 214.º do Cód. Civil francês, por ser estranho às necessidades da vida familiar, ainda que possa ser uma dívida a suportar definitivamente pelos bens comuns. As dívidas resultantes do imposto sobre o rendimento constituem (cf. o art. 1685.º do *Code général des impôts*) uma dívida definitiva da comunhão, não havendo, por isso, e sendo paga com os rendimentos que são comuns, lugar a qualquer compensação. Diferente será o caso de eventuais penalidades fiscais que, de acordo com o art. 1471.º do Cód. Civil francês, já originam uma compensação à comunhão (v., AAVV, *Le couple et son patrimoine*, Paris, Juris-Classeur, 2002, p. 390).

respectivos encargos. Se os cônjuges nada estipularem em convenção matrimonial (antes ou no decurso do casamento, nas condições previstas no art. 1397.º do Cód. Civil francês)³³⁴, o art. 214.º determina que os cônjuges contribuem para os encargos da vida familiar “à *proportion de leurs facultés respectives*”, relativamente aos recursos financeiros de cada cônjuge, incluindo não apenas os rendimentos presentes que cada um retira do seu trabalho mas também o valor dos bens de que é proprietário e os ganhos potenciais que, de uma administração zelosa, resultem desses bens³³⁵.

O art. 220.º do Cód. Civil francês atribui, por um lado, ao marido e à mulher, em situação de plena igualdade, o poder de realizarem os negócios relativos à vida familiar quotidiana e, por outro lado, responsabiliza solidariamente os cônjuges por tais dívidas, abrindo aos credores o acesso a todos os bens³³⁶. É por força desta disposição legal, aplicável a todos os regimes de bens, que cada um dos cônjuges, ao mesmo tempo que se obriga pessoalmente, responsabiliza também o outro³³⁷. Isto significa que no regime de separação de bens (e no de participação nos adquiridos que funciona, no seu decurso, como se existisse separação patrimonial entre os cônjuges) o cônjuge que respondeu pela dívida na sua totalidade poderá exigir do outro um reembolso proporcional à sua parte na contribuição. Nos regimes de comunhão, as dívidas em causa integram o passivo definitivo da comunhão (art. 1409.º do Cód. Civil francês). O credor tanto pode exigir o pagamento da dívida sobre os bens próprios do cônjuge que a contraiu, ou sobre os bens próprios do outro ou sobre os bens comuns, dado o regime de solidariedade. O cônjuge que respondeu com os seus bens próprios por tal dívida, terá obviamente direito a uma compensação no momento da liquidação da comunhão.

³³⁴ O facto de os cônjuges poderem estipular o modo de contribuição para os encargos da vida familiar, não significa que sejam totalmente livres nessa determinação. Assim, e desde logo, nos casos em que as circunstâncias impliquem a impossibilidade provisória de um dos cônjuges cumprir a sua obrigação, o outro deverá suportar todos os encargos à custa dos seus recursos. Por outro lado, não será de admitir que um dos cônjuges seja totalmente desonerado da sua obrigação. V., Jean Renauld, *ob. cit.*, pp. 120 e 927, M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 24 e 25, e A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, p. 55.

³³⁵ V., Cornu, *ob. cit.*, p. 85.

³³⁶ Cornu, *ob. cit.*, pp. 86 e segs., chama a esse poder atribuído aos cônjuges pelo art. 220.º do Cód. Civil francês, poder doméstico (*pouvoir domestique*). De referir que, desde a Reforma de 1985, o poder que o art. 220.º do Cód. Civil francês atribui a cada um dos cônjuges para celebrar validamente tais negócios é expressão do princípio geral disposto no art. 1421.º do mesmo código, tal como a responsabilidade dos bens comuns resulta do art. 1413.º. O que é específico das dívidas previstas no art. 220.º é o regime de solidariedade aí previsto.

³³⁷ Como referem Flour/Champenois, *ob. cit.*, p. 61, nota 1, trata-se de uma verdadeira vinculação a título solidário e não de uma simples obrigação *in solidum*. Ao contrário do que acontecia no mandato doméstico, este poder legal de responsabilizar os bens do outro cônjuge por estas dívidas não pode ser revogado por este cônjuge (sem prejuízo da sua eventual limitação ou exclusão pelo tribunal, nos termos do art. 220.º-1 do Cód. Civil francês).

Não havendo, em geral, dúvidas quanto às dívidas relativas à educação dos filhos (*éducation des enfants*)³³⁸ os problemas colocam-se quanto ao “*entretien du ménage*”. Serão de incluir, como vimos entre nós, as dívidas relativas a despesas correntes e periódicas (vestuário, despesas de saúde, produtos para a casa...). É em relação às dívidas de maior valor que a doutrina e jurisprudência francesas divergem³³⁹. Repare-se

³³⁸ Muitas das despesas relativas ao sustento e educação dos filhos estão incluídas nas dívidas relativas ao “*entretien du ménage*” (despesas relativas à escola do filho, despesas de vestuário, alimentação, médicas e de medicamentos, despesas relativas aos desportos praticados, às actividades de lazer, etc.). Aliás, tratando-se de despesas relativas ao lar familiar, a existência de filhos é um dos elementos a considerar para a inclusão da dívida no art. 220.º do Cód. Civil francês (A. Ponsard, “L’étendue de la solidarité ménagère...”, *ob. e loc. cit.*, p. 24). Dúvidas podem surgir quanto às despesas relativas ao filho de um dos cônjuges. Ora, não será de afastar também aqui a solidariedade, se o filho vive na mesma casa que os cônjuges, pois os terceiros podem não ter conhecimento dos vínculos da filiação (M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 14 e 15). V., *infra*, pp. 140 e 141, nota 344.

³³⁹ V., A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, pp. 47-50. A *Cour de Cassation* entende que a solidariedade prevista no art. 220.º do Cód. Civil francês supõe que a dívida tenha por objecto o “*entretien du ménage*”, não sendo suficiente que a dívida seja contraída para ocorrer às suas necessidades (*besoins*). Ao substituir a expressão “*besoins du ménage*”, que existia na anterior redacção do art. 220.º, pela expressão “*entretien du ménage*” o legislador tornou-se mais rigoroso para a admissão da solidariedade. O problema está em saber se a ideia de necessidade é exigida para haver despesas relativas ao “*entretien du ménage*”. A maioria dos autores não exige isso (o que excluiria da solidariedade, p. ex., o arrendamento de uma residência secundária, o que não tem sido aceite pela jurisprudência). Por outro lado, ainda que na sua origem o art. 220.º tenha em vista as dívidas decorrentes da compra de bens, deve nele incluir-se também a aquisição de serviços (como a contratação de uma empregada doméstica, situação referida por Jean Mouly, “Licenciement, par un époux en instance de divorce, de son employée de maison et solidarité ménagère”, *Recueil Dalloz*, ano 181.º, n.º 36, 2005, pp. 2510 e 2511, em anotação à decisão da *Cour de Cassation*, soc., de 8 de Junho de 2005). Dúvidas surgem também no caso de um empréstimo para a habitação. Na decisão citada, a *Cour de Cassation*, abordando o caso de um empréstimo contraído para a aquisição de uma residência secundária, entendeu que as operações de investimento no lar e, em especial, aquelas que permitam a constituição de um património imobiliário, não entram na categoria dos actos “*ménagers d’entretien*” aos quais o art. 220.º liga a solidariedade. As operações de investimento opõem-se aos actos de sustento do lar (neste sentido, Cornu, *ob. cit.*, p. 106). Já se entendeu, por outro lado, que as despesas de melhoramento de uma habitação estavam abrangidas pela solidariedade. Mas, contra pronunciaram-se M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, p. 14, e Cornu, *ob. cit.*, p. 106, para quem tais despesas excedem o sentido de “domésticas”. De igual modo entende-se ser de incluir no art. 220.º as dívidas subjacentes a contratos de seguro destinados a cobrir o risco de desaparecimento ou diminuição dos rendimentos do trabalho de um dos cônjuges (v., A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, p. 48 e nota 17), a contratos de seguro relativos às responsabilidades parentais, ou à casa de morada da família ou ao veículo automóvel utilizado para ocorrer às necessidades do lar, as dívidas subjacentes ao pagamento da renda da casa [v., p. ex., Rouen, de 22 de Dezembro de 1970 (*D.* 1971, p. 429, note Belhumeur), Cass. civ. I, de 9 de Outubro de 1990 (*JCP éd. N.*, 1991.II.57, obs. Simler), Cass. civ. II, de 3 de Outubro de 1990 (*JCP éd. N.*, 1991.II.57, obs. Simler), Cass. civ. 1.º, de 13 de Outubro de 1992 (*JCP* 1993.II.22047, note Hauser)], e as despesas a esse arrendamento ligadas, as dívidas relativas ao conforto do lar, à compra de um automóvel [p. ex., Paris, 8.º ch. B., de 9 de Março de 1989 (*JCP éd. N.*, 1991.II.57, obs. Simler), desde que a contracção da dívida corresponda ao padrão de vida familiar e vise uma utilização exclusivamente para a família, excluindo interesses profissionais. De facto, é entendido que as dívidas profissionais de um cônjuge não são *ménagères* – v., p. ex., Amiens, 1.º Ch. civ., de 19 de Abril de 1977 (*JCP* 1978.IV.318)]. V., Cornu, *ob. cit.*, pp. 105-111, M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, p. 13, e AAVV, *Le couple et son patrimoine*, *cit.*, pp. 71-75 e 396.

Sobre as dúvidas surgidas quanto às dívidas relativas ao lar [dívidas de rendas (a jurisprudência considera tratar-se de dívidas solidárias, para efeitos do art. 220.º do Cód. Civil francês, e não apenas conjuntas, como dispõe o art. 1751.º do Cód. Civil francês) ou de encargos de compropriedade (a jurisprudência não terá abordado a questão de saber se tais encargos são dívidas contratuais ou legais, e a sua inclusão no art. 220.º do Cód. Civil francês por esse motivo, mas, em geral, tais despesas são de incluir no art. 220.º, salvo os trabalhos de grande envergadura ou de melhoramento e as dívidas resultantes da aquisição da casa comum, por tratar-se de um investimento), as prestações sociais e pensões de reforma a favor dos cônjuges (nomeadamente, as contribuições sociais de uma empregada doméstica, que a jurisprudência considerou incluírem-se no art. 220.º do Cód. Civil francês, como veremos; discute-se

que o preenchimento dos requisitos do art. 220.º do Cód. Civil francês é pressuposto necessário para o regime da solidariedade das dívidas em causa. Aliás, o regime da solidariedade é excepcional, pelo que a interpretação do art. 220.º do Cód. Civil francês e dos seus requisitos deve ser restrita³⁴⁰.

Com o propósito de proteger um cônjuge contra o outro que contraiu dívidas desrazoáveis, por serem desproporcionais aos rendimentos do lar ou contraídas em condições perigosas, os §§ 2.º e 3.º do art. 220.º do Cód. Civil francês afastam certas dívidas do regime da solidariedade: as dívidas manifestamente excessivas, as resultantes de compra a prestações (“*les achats à tempérament*”) e as derivadas de empréstimos (“*emprunts*”).

É interessante analisarmos o regime destas dívidas não previstas no nosso ordenamento jurídico. De facto, a al. b) do n.º 1 do art. 1691.º não refere se se deverá incluir na mesma as dívidas contraídas para as necessidades da vida familiar mas que implicam a realização de um empréstimo ou se traduzem numa compra a prestações. A questão tem todo o interesse dada a frequência com que, nos nossos dias, esses negócios se praticam.

Quanto às dívidas que visam a satisfação das despesas domésticas mas que são manifestamente excessivas, atendendo ao padrão de vida familiar e à utilidade da despesa (o que, obviamente, variará de caso para caso, cabendo a sua apreciação aos

na jurisprudência o caso das prestações realizadas por um dos cônjuges para um dado sistema de saúde ou de segurança social)], v., A. Ponsard, “L’étendue de la solidarité ménagère...”, *ob. e loc. cit.*, pp. 25-33.

A doutrina e a jurisprudência francesas discutem também se o art. 220.º do Cód. Civil francês é apenas de aplicação às dívidas de origem contratual. A *Cour de Cassation* [Cass. soc., de 12 de Maio de 1977 (*Bull. Civ.*, V, n.º 316), e Cass. soc., de 19 de Março de 1986 (*Bull. Civ.*, V, n.º 107, e *Defrénois*, 1987, art. 34056, n.º 88, obs. Champenois)], admitindo a solidariedade relativamente às dívidas resultantes das prestações para a Segurança Social do salário de empregada doméstica, defende a aplicação do art. 220.º a todas as dívidas, mesmo extracontratuais. V. também, Civ. 1.º, de 7 de Junho de 1989 (*D.* 1990, p. 21, note J. Massip), e Cass. civ. 1.º, de 17 de Maio de 1993 (*JCP* 1993.IV.1798), que expressamente determinam a aplicação do art. 220.º a todas as dívidas, mesmo de origem não contratual, que tenham por objecto o sustento do lar ou a educação dos filhos. Para uma análise da jurisprudência mais recente sobre a matéria, v., Guy-Auguste Likilimba, “Mariage et dettes ménagères”, *Recueil Dalloz*, ano 180.º, n.º 40, 2004, pp. 2886-2889. Por sua vez, alguns autores entendem que esta jurisprudência fere a letra da lei e o seu espírito, já que a mesma visa assegurar o crédito à família relativamente às operações da vida corrente e exigem a existência de “*contrats*”. Além disso, e invocando o elemento histórico, o art. 220.º tem a sua origem no mandato doméstico tacitamente conferido à mulher e o mandato só tem, no ordenamento jurídico francês, por objecto a conclusão de um acto jurídico (v., F. Terré/Ph. Simler, *ob. cit.*, pp. 63 e 315). Outros, porém, defendendo a tese contrária, chamam a atenção para a necessidade de se aferir não a origem da dívida mas o seu destino (“*dettes ménagères*”), tal como faz a jurisprudência (v., Flour/Champenois, *ob. cit.*, pp. 63 e 64, Goubeaux/Voirin, *ob. cit.*, p. 19, Cornu, *Les régimes matrimoniaux...*, *cit.*, p. 108, M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 12-14, Carbonnier, *ob. cit.*, p. 483, e Rémy Cabrillac, *ob. cit.*, p. 47. F. Lucet/B. Vareille, *ob. cit.*, p. 34, parecem também defender esta posição).

³⁴⁰ O que nem sempre acontece na jurisprudência. Com efeito, e como refere M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, p. 11, há uma tendência dos juízes em estender o regime da solidariedade, fazendo uma interpretação menos rigorosa das condições exigidas no art. 220.º do Cód. Civil francês.

tribunais), o mesmo podemos defender para o nosso ordenamento jurídico. De facto, afastando-se do padrão de vida familiar, a dívida não integra a al. b) do n. 1.º do art. 1691.º. Mas, o direito francês protege aqui a posição do terceiro credor. De facto, para a exclusão da solidariedade importa ainda atender à boa ou má fé de terceiros, devendo presumir-se a boa fé (§ 2.º do art. 220.º do Cód. Civil francês). Estará de má fé o terceiro contraente que sabia que a despesa notoriamente excedia as possibilidades da família, pautando-se pelo aparente estilo de vida do casal.

Dados os riscos que os contratos de compra e venda a prestações acarretam para as famílias com orçamentos modestos, o legislador francês excluiu a solidariedade nesses casos, independentemente de serem ou não excessivas ou úteis, e independentemente de serem de baixo valor³⁴¹, se os cônjuges não agiram de comum acordo, nos termos do art. 220.º, 3.º, 1.ª parte, do Cód. Civil francês (sem prejuízo do recurso ao art. 219.º do Cód. Civil francês)³⁴².

De igual modo, estipula o § 3.º, 2.ª parte, que a solidariedade não existe no caso de empréstimos concluídos sem o consentimento dos dois cônjuges, a menos que se trate de somas de baixo valor e fundamentais às necessidades da vida corrente³⁴³.

³⁴¹ A diferença entre as compras a prestações e os empréstimos quanto às somas modestas não se compreende dado que os riscos num e outro parecem ser iguais. Neste sentido, Goubeaux/Voirin, *ob. cit.*, p. 17.

³⁴² Pelo contrário, a autorização judicial prevista no art. 217.º do Cód. Civil francês não pode substituir a falta de acordo do cônjuge (art. 217.º, 2.º). V., Patarin/Morin, *ob. cit.*, p. 32.

³⁴³ A solidariedade da dívida deve, nestes casos, ser provada (pelo credor) pela demonstração de que as somas emprestadas são de baixo valor e destinadas à vida familiar corrente, o que nem sempre será fácil. Para uma análise das excepções consagradas nos §§ 2.º e 3.º do art. 220.º do Cód. Civil francês, v., M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 14 e 21. A exclusão da solidariedade, como princípio, no § 3.º do art. 220.º do Cód. Civil francês, deve articular-se com o disposto no art. 1415.º do mesmo código. De facto, por regra, os credores do cônjuge que contrai o empréstimo, sem consentimento do outro, apenas garantem o seu pagamento com os mesmos bens do que se o cônjuge não fosse casado.

Repare-se que a redacção do art. 220.º, 3.º, de 1965, apenas excluía do regime da solidariedade as compras a prestações, levantando dúvidas quanto aos empréstimos. Entendia-se, contudo, que as razões que afastavam a solidariedade nas referidas compras podiam também justificar o seu afastamento no caso dos empréstimos. Porém, nestes a protecção da família era assegurada pela necessidade do consentimento de ambos os cônjuges para a sua contracção, o que não acontecia naquelas. Por isso, a lei tinha previsto um regime específico para as compras a prestações (v., Monéger, “L’emprunt contracté par un époux pour l’entretien du ménage et l’éducation des enfants”, *Recueil Dalloz Sirey*, chr., XXVIII, 1975, pp. 167 e 168).

Como refere Nathalie Rzepecki, “Les opérations de crédit et la solidarité ménagère de l’article 220 du Code civil”, *JCP* 1999.II.48, pp. 1234 e segs., a agravar as dificuldades de interpretação do art. 220.º e das suas excepções, é cada vez mais frequente a contracção de créditos acessórios aos contratos de compra e venda. A situação parece integrar-se na qualificação de empréstimo, mas alguns tribunais minoritários integram-na nas compras a prestações [posição, aliás, defendida pela autora e afastada pela generalidade dos autores como, p. ex., Monéger, *loc. cit.*, p. 167, e Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, p. 20 (ainda que admita que alguns desses créditos poderão incluir-se na qualificação de empréstimos e, por isso, sujeitos ao regime destes)]. Tais incertezas, e a diferença de regime a que estão sujeitas as compras a prestações e os empréstimos quando de baixo valor, leva a resultados indesejáveis para os credores. Sugere a autora a exclusão total dos empréstimos da regra da solidariedade legal do art. 220.º do Cód. Civil francês (p. 1239).

Estas dívidas estão também previstas no art. 1409.º do Cód. Civil francês ao estabelecer que constitui o passivo definitivo da comunhão as dívidas de alimentos (art. 1414.º) e as dívidas contraídas por um dos cônjuges para as despesas domésticas e educação dos filhos (art. 220.º). Trata-se do passivo “*ménager*”, isto é, o conjunto das dívidas correntes e periódicas da vida familiar (normalmente suportadas com bens também periódicos: os rendimentos), a que a lei equipara as dívidas alimentares³⁴⁴.

Também no regime de separação de bens, apesar de cada um dos cônjuges possuir os seus bens próprios, administrando-os e tendo poderes de disposição dos mesmos, estas dívidas responsabilizam solidariamente os cônjuges. Como regime separatista, é-o do ponto de vista da composição dos patrimónios e da sua administração. Os cônjuges separados de bens são, patrimonialmente, um em relação ao outro como se de dois estranhos se tratassem³⁴⁵. Quanto ao passivo, quer do ponto de vista da obrigação como do da contribuição, as dívidas que oneram o património de cada um dos cônjuges, no momento da celebração do casamento ou que assumam depois dele a qualquer título,

³⁴⁴ A responsabilização a título definitivo da comunhão pelas dívidas alimentares opera obviamente em proveito do credor de alimentos face aos cônjuges. E a origem desta dívida tanto pode ser anterior como no decurso do casamento, e podem ser alimentos devidos por ambos os cônjuges (p. ex., para com o filho comum) ou devidos por um só dos cônjuges (p. ex., a dívida alimentar surgida para com o filho reconhecido antes do casamento). V., F. Terré/Ph. Simler, *ob. cit.*, p. 300, e A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, p. 374. O que não deverá considerar-se comum é a dívida alimentar nascida a cargo de um só dos cônjuges, em violação dos deveres matrimoniais (art. 1417.º do Cód. Civil francês), ou seja, p. ex., a pensão alimentar para com o filho adúlterino (Cornu, *ob. cit.*, p. 312, e A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, p. 375 e nota 9). De facto, a comunhão terá, nos termos do art. 1417.º, 2.º, do Cód. Civil francês, direito a uma compensação se a dívida paga com bens comuns foi contraída por um dos cônjuges contra os deveres que o casamento lhe impõe. De igual modo, o art. 1318.º do Cód. Civil espanhol, como veremos *infra*, considera também as dívidas relativas aos filhos, sejam de ambos ou de um dos cônjuges, como da responsabilidade comum. Porém, não refere como a lei francesa os filhos adúlterinos e, por outro lado, exige que os mesmos vivam no lar familiar.

Henri Mazeaud, *et alii*, *Leçons de Droit Civil. Régimes matrimoniaux*, *cit.*, p. 297, entendem, apesar de considerarem a questão discutível, que a dívida de alimentos devidos a um filho concebido antes do casamento, não deve considerar-se comum, nos termos do art. 1409.º do Cód. Civil francês. V. também, Savatier, *La communauté conjugale nouvelle...*, *cit.*, p. 201, para quem o pagamento de uma obrigação de alimentos devida por um dos cônjuges a um filho do primeiro casamento dá origem a uma compensação se efectuado com valores comuns, e Rieg/Lotz, *ob. cit.*, pp. 242 e 243, que entendem ser de reduzir o âmbito de aplicação do art. 1409.º, no sentido de apenas abranger a solidariedade a dívida alimentar constituída após a celebração do casamento e sem violação dos deveres deste.

É evidente que, e para os autores que consideram que o art. 220.º do Cód. Civil francês não se reporta apenas às dívidas de natureza contratual, certas dívidas de alimentos podem também considerar-se “*ménagères*” e, por isso, serão também dívidas solidárias integrando duplamente as dívidas que constituem o passivo definitivo da comunhão.

³⁴⁵ Apesar da independência patrimonial, a comunhão de vida ligada ao casamento acaba por provocar uma osmose mais ou menos acentuada nos bens e interesses pecuniários de cada um dos cônjuges, de tal forma que o próprio regime de separação dá origem a uma liquidação no final do regime (arts. 1542.º e 1543.º do Cód. Civil francês) (Savatier, *La séparation de biens en droit français*, Paris, Dalloz, 1973, p. 81, e “Liquidation entre époux contractuellement séparés de biens du patrimoine conjugal”, *RTDC*, 1981, pp. 497-506, Henri Mazeaud, *et alii*, *Leçons de Droit Civil. Régimes matrimoniaux*, *cit.*, pp. 573-580, Rieg/Lotz, *ob. cit.*, pp. 416-424, Flour/Champenois, *ob. cit.*, pp. 624 e 625, M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 289 e 295 e 296, e A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, pp. 543 e 556-561). Daí algumas atenuações ao princípio referido no texto.

permanecem próprias (art. 1536.º, 2.º, do Cód. Civil francês), sem prejuízo de se poder responsabilizar o outro cônjuge, por aplicação das regras gerais do mandato, gestão de negócios ou enriquecimento sem causa (tal como pode acontecer nos regimes de comunhão, onde um cônjuge pode actuar, contraindo dívidas, em representação do outro)³⁴⁶. Pode também, e como quaisquer outras pessoas, os cônjuges obrigar-se conjunta ou solidariamente pela dívida³⁴⁷.

A possibilidade de os cônjuges afastarem a independência patrimonial do passivo no regime de separação de bens é até frequente, nomeadamente, no caso de empréstimos contraídos pelos cônjuges, a título solidário, para aquisição da casa de morada da família ou no caso de um dos cônjuges surgir como fiador do outro, empresário em nome individual ou gerente de uma sociedade. Todas estas possibilidades conduzem a uma confusão do passivo que a adopção do regime de separação de bens visaria evitar³⁴⁸.

Porém, à referida independência patrimonial é imposto um limite pelo estatuto imperativo de base a respeito de dívidas do casamento. Com efeito, pelas dívidas previstas no art. 220.º do Cód. Civil francês os cônjuges estão solidariamente obrigados (art. 1536.º, 2.º, do Cód. Civil francês)³⁴⁹. Por outro lado, e de acordo com o art. 1537.º

³⁴⁶ O que constituiu o correspondente paralelo com o regime do activo, onde cada cônjuge tem os seus próprios bens, administrando-os com total independência. Se um dos cônjuges pagar dívidas do outro, ou emprestar-lhe dinheiro a outro título, o seu reembolso estará sujeito ao Direito comum das Obrigações, não se aplicando, como nos regimes de comunhão, a teoria das compensações (apesar da aplicação, por força dos arts. 1543.º e 1479.º do Cód. Civil francês, do § 3.º do art. 1469.º do mesmo código).

Afirma Jacques Leroy, *loc. cit.*, pp. 41 e 42, a propósito do regime de separação de bens, que há formas de proteger o credor que contrai uma dívida com um dos cônjuges, além do exigir a vinculação do outro: o mandato tácito ou aparente, a gestão de negócios ou o enriquecimento sem causa. São meios de permitir uma participação do outro cônjuge na dívida e, assim, responsabilizar também os bens deste.

³⁴⁷ De facto, podem os cônjuges assumir a dívida solidariamente por um interesse comum, situação em que o credor pode exigir o seu pagamento a ambos os cônjuges. Pode também um cônjuge assumir uma dívida do outro, a título de garantia, p. ex., como fiador, respondendo subsidiariamente por essa dívida. V., Farafina L. Boussougou-Bou-Mbine, *ob. cit.*, pp. 115-117.

³⁴⁸ M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, p. 294.

³⁴⁹ Esta solidariedade pelas dívidas “ménagères” no regime de separação de bens existia, ainda que com algumas dúvidas para certos autores (Planiol/Ripert, *Traité élémentaire...*, *cit.*, p. 267), mesmo na versão originária do Cód. Civil francês e tal era admitido pela jurisprudência.

Além daquela solidariedade legal no regime de separação de bens, resulta também um regime de solidariedade do disposto no art. 1384.º, 4.º, do Cód. Civil francês, relativamente à responsabilidade dos pais pelos danos causados pelos filhos menores, e no art. 1685.º do *Code général des impôts* quanto ao imposto sobre o rendimento e a *taxe d'habitation*.

Por outro lado, o exercício por um dos cônjuges de uma actividade profissional, comercial ou agrícola, e a colaboração do outro cônjuge nessa actividade, implica a possibilidade de os terceiros de boa fé se fundarem nesta aparência de comercialidade para responsabilizar ambos os cônjuges pelas dívidas contraídas no exercício dessa profissão. Ou seja, a jurisprudência entende que há uma presunção, assente nesta aparência de comercialidade, de que há uma exploração comum pelos cônjuges e, assim, ambos devem responder pelas dívidas contraídas (situação que era afastada perante a anterior situação da mulher que, actuando em

do Cód. Civil francês, os cônjuges contribuem para os encargos do casamento de acordo com o estipulado na convenção matrimonial³⁵⁰. Se nada estipularem, deve reger-se o princípio da contribuição para os encargos familiares pelo art. 214.º do Cód. Civil francês.

E o mesmo vale para o regime convencional de “*participation aux acquêts*” (arts. 1569.º e segs. do Cód. Civil francês). Tal como a separação de bens, a participação nos adquiridos não comporta mais do que dois patrimónios, perfeitamente dissociados um do outro, tanto do ponto de vista do activo como do passivo. Assim, tal como não há activo comum, também não há passivo comum (art. 1569.º do Cód. Civil francês). Cada um dos cônjuges responde só pelas dívidas que contrai, sejam anteriores ou posteriores à celebração de casamento e a qualquer título, tal como no regime de separação de bens³⁵¹. Porém, por aplicação do art. 220.º do Cód. Civil francês, de ordem pública e aplicável a todos os regimes matrimoniais, as dívidas “*ménagères*” obrigam solidariamente os cônjuges, qualquer que tenha sido o cônjuge a contraí-la³⁵².

É importante, neste contexto, referir que no direito italiano, ao contrário do que acontece nos ordenamentos jurídicos francês e alemão, e no nosso, a dívida contraída por um dos cônjuges no interesse da família não responsabiliza solidariamente ambos os cônjuges (v., arts. 186.º e 190.º do Cód. Civil italiano), salvo se se incluir na al. d) do art. 186.º, ao contrário do que estava previsto no projecto da reforma³⁵³.

O direito italiano, na al. c) do art. 186.º, dispõe, no âmbito do regime de comunhão de adquiridos, que os bens comuns respondem pelas despesas de sustento da família e de instrução e educação dos filhos e pelas dívidas contraídas pelos cônjuges ou por um

representação do marido no exercício da actividade comercial deste e dadas as regras próprias para o exercício do comércio por mulher casada, não podia gerar qualquer aparência perante terceiros. Sobre esta questão, v., Farafina Boussougou-Bin-Mbine, *ob. cit.*, pp. 120-124).

³⁵⁰ As cláusulas relativas à contribuição para os encargos do casamento, podem apresentar dois objectivos: podem revogar a regra legal da contribuição para as despesas do casamento na proporção das respectivas facultades dos cônjuges (art. 214.º do Cód. Civil francês); podem dispensar os cônjuges de uma análise contabilística de tal contribuição, presumindo-se que cada um deles cumpriu diariamente a sua parte contributiva. Esta presunção estará, em princípio, sujeita a prova em contrário, salvo se os cônjuges a decidam tornar não ilidível. V., Cornu, *ob. cit.*, p. 605 e pp. 620 e 621, e A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, p. 563.

³⁵¹ Sem prejuízo de se poder responsabilizar o outro cônjuge por aplicação das regras gerais do Direito comum. Como quaisquer outras pessoas, e como os cônjuges casados em separação de bens, podem os cônjuges obrigar-se conjunta ou solidariamente pela dívida (e, muitas vezes, sobretudo no caso de empréstimos bancários, a isso são conduzidos).

³⁵² Outra solidariedade legal resulta do art. 1685.º do *Code général des impôts* quanto ao imposto sobre o rendimento e a *taxe d'habitation*.

³⁵³ A. Galasso, *ob. cit.*, pp. 388 e 389. Se, como alguns autores italianos entendem, como veremos, a responsabilidade dos bens comuns não afastar o regime geral do art. 2740.º do Cód. Civil italiano, haverá responsabilidade solidária dos bens próprios do cônjuge que contraiu a dívida face aos bens comuns (não respondendo apenas na medida da metade do crédito, como aparentemente dispõe o art. 190.º do Cód. Civil italiano).

deles no interesse da família. Como se sabe, cada um dos cônjuges pode contrair dívidas, sem consentimento do outro. Mas para salvaguarda do património comum e do outro cônjuge só o património do cônjuge devedor responde pelas dívidas contraídas no seu interesse pessoal (art. 189.º do Cód. Civil italiano). Pelo contrário, as dívidas contraídas não no interesse pessoal mas no interesse da família responsabilizam os bens comuns.

Quanto às despesas relativas ao sustento da família, deve entender-se por “despesa” toda a dívida contraída pelos cônjuges para o sustento da família (p. ex., e tal como as dívidas previstas no art. 1691.º, n.º 1, al. b), e no art. 220.º do Cód. Civil francês, as dívidas relativas ao alojamento, arrendamento, vestuário, despesas relativas à doença de um dos membros da família...) ³⁵⁴. Quer estas dívidas quer as relativas à instrução e educação dos filhos integram as dívidas contraídas no interesse da família, sendo este, obviamente, um conceito mais amplo. A prova de que a dívida foi contraída no interesse da família parece caber ao credor ³⁵⁵. O modo de funcionamento da vida familiar e os poderes atribuídos aos cônjuges geram uma aparência externa, face a terceiros, de que a actuação individual de cada um dos cônjuges é para satisfação das necessidades familiares, havendo um interesse comum entre os cônjuges (cabendo, portanto, a estes a prova de que não houve tal interesse) ³⁵⁶.

A doutrina italiana dominante considera que as dívidas contraídas no interesse da família correspondem ao dever de contribuição dos cônjuges, previsto nos arts. 143.º, 144.º e 147.º do Cód. Civil italiano ³⁵⁷. Contudo, e tirando as dívidas relativas à instrução

³⁵⁴ Schlesinger, *ob. e loc. cit.*, sob a direcção de Carraro/Oppo/Trabucchi, p. 430, De Paola/A. Macri, *ob. cit.*, p. 193, De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia...*, *cit.*, p. 611. Patrizia di Martino, “Comunione legale, tutela dei creditori...”, *loc. cit.*, pp. 346 e 347, entende que todo o investimento que vise aumentar o património comum deve considerar-se no interesse da família e, por isso, responsabilizar o património comum, nos termos do art. 186.º, al. c), do Cód. Civil italiano.

³⁵⁵ Assim, A. Finocchiaro/M. Finocchiaro, *Diritto di famiglia...*, *cit.*, p. 1103, Mastropaolo/Pitter, *ob. e loc. cit.*, p. 248, e De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia...*, *cit.*, p. 612, e *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato...*, *cit.*, p. 696.

³⁵⁶ Por isso, A. Galasso, *ob. cit.*, p. 406, entende que as dívidas contraídas por um dos cônjuges no interesse da família geram uma responsabilidade solidária entre os cônjuges, e em qualquer regime de bens, assente na ideia de mandato tácito recíproco entre os cônjuges.

³⁵⁷ As regras reguladoras das despesas relativas ao sustento familiar encontram-se fora do regime patrimonial do casamento nos arts. 143.º e segs. do Cód. Civil italiano. Trata-se das normas que, constituindo o regime patrimonial primário, são inderrogáveis e aplicáveis a qualquer um dos regimes matrimoniais. V., sobre este regime, M. Verzera, *ob. e loc. cit.*, pp. 639-653. O art. 143.º, 3.º, do Cód. Civil italiano, determina a obrigação de cada um dos cônjuges de, de acordo com as possibilidades de cada um, contribuir para as necessidades da família. Esta obrigação deriva da anteriormente atribuída apenas ao marido (art. 132.º do Cód. Civil italiano na versão original) que, como chefe da família, tinha a obrigação de proteger e manter a mulher, atribuindo-lhe aquilo que esta necessitasse de acordo com as suas possibilidades. Esta obrigação, mais ampla que a obrigação recíproca de alimentos a que ambos os cônjuges estavam vinculados (que exigia a necessidade), era uma obrigação pessoal do marido (v., Roberto de Ruggiero,

e educação dos filhos que encontram paralelo no art. 147.º do Cód. Civil italiano, a categoria das dívidas contraídas no interesse da família é mais ampla que a obrigação de contribuir para as necessidades familiares (*bisogni della famiglia*). De facto, e de acordo com a análise da jurisprudência, a contribuição para as *bisogni della famiglia* envolve todas as necessidades primárias e essenciais da família e aquelas necessidades que se pautam pelo padrão de vida familiar. Enquanto que as dívidas no interesse da família envolvem todos os actos que se traduzam numa vantagem (patrimonial ou não) para os membros da família³⁵⁸. Assim, podem considerar-se dívidas contraídas no interesse da família as dívidas de vestuário e alimentares, o pagamento da renda da casa ou do preço de aquisição, as dívidas de electricidade, gás e telefone da casa de morada da família, as despesas relativas à restauração ou reconstrução de um imóvel (mesmo que próprio de um dos cônjuges mas que constitua residência familiar ou de um filho), as dívidas de aquisição dos móveis e recheio da casa familiar, as dívidas relativas ao pagamento do preço pela aquisição de bens que integram a comunhão (e adquiridos no interesse da família)³⁵⁹, as dívidas relativas à educação do filho, incluindo deslocação ao estrangeiro, as dívidas pelas férias da família, etc.³⁶⁰.

Esta questão releva quando se tem em consideração que as normas dos arts. 143.º, 144.º e 147.º do Cód. Civil italiano integram o regime patrimonial primário, ou seja, qualquer que seja o regime de bens em que os cônjuges casaram, em todos eles os cônjuges estão obrigados a contribuir para as necessidades da vida familiar, de acordo com as possibilidades de cada um, podendo o cônjuge que pagou a totalidade da dívida

Instituciones de Derecho Civil. Derecho de obligaciones – Derecho de familia – Derecho hereditario, trad. espanhola por Ramón Sengano Suñer e José Santa-Cruz Teijeiro, vol. II, 4.ª ed., Madrid, Editorial Reus, 1931, pp. 702 e 703).

³⁵⁸ Ennio Russo, *Le convenzioni matrimoniali ed altri saggi sul nuovo Diritto di Famiglia*, Milano, Giuffrè Editore, 1983, pp. 252 e 253, e Mastropaolo/Pitter, *ob. e loc. cit.*, pp. 246 e 247. Contra, A. Galasso, *ob. cit.*, p. 413, que tem uma concepção unitária do conceito de “interesse” e “bisogni”, considerando que o significado é o mesmo.

Os arts. 1675.º e 1691.º, al. b), do Cód. Civil português, falam ambos de encargos normais da vida familiar, não havendo motivo para esta discussão.

³⁵⁹ V., sobre esta questão, Patrizia di Martino, “La comunione legale tra coniugi...”, *ob. e loc. cit.*, pp. 221-223.

³⁶⁰ A. Galasso, *ob. cit.*, p. 415. O autor apresenta a hipótese, discutida na doutrina, da dívida resultante de um contrato de mútuo. Alguns autores consideram tal dívida própria do cônjuge, mesmo que vise a satisfação de interesses familiares, dado que a soma recebida não integra a comunhão a título definitivo (M. Gionfrida Daino, *ob. cit.*, pp. 38 e 39). Em sentido contrário, v., *Corte di Cassazione*, de 7 de Janeiro de 1984 (*For. it.*, ano CVIII, I, 1985, p. 561), que considerou dívida comum a obrigação de restituição do financiamento bancário obtido pela mulher para suprir as necessidades da vida familiar. A. Galasso, *ob. cit.*, pp. 416 e 417, entende que se o capital em causa visa a satisfação de um interesse pessoal do cônjuge só a este responsabilizará. Porém, se foi contraído para a satisfação de um interesse familiar nada obsta à consideração da dívida como comum. Importa ainda não esquecer que a questão não tem tanta relevância quanto aparentemente parece, dado que a banca normalmente exige a responsabilização de ambos os cônjuges, e a título solidário.

exigir o pagamento de uma parte ao outro cônjuge, nas suas relações internas³⁶¹. Ora, considerando-se que as dívidas contraídas no interesse da família (art. 186.º, al. c), do Cód. Civil italiano) equivalem às necessidades da vida familiar do art. 143.º do Cód. Civil italiano ou mesmo que se entenda que estas são uma espécie daquelas (no entendimento mais amplo do art. 186.º, al. c), do Cód. Civil italiano), a regulação da responsabilidade dos cônjuges quanto a estas dívidas (contraídas para a satisfação das necessidades da família – art. 143.º) levanta alguma discussão. Ao nível da responsabilidade patrimonial, como veremos, e ao contrário dos ordenamentos jurídicos francês (art. 220.º), alemão (§ 1357.º), espanhol (art. 1319.º) e português (art. 1691.º, n.º 1, al. b)), o direito italiano não contém uma disposição legal reguladora da responsabilidade pelas dívidas contraídas para a satisfação das necessidades da vida familiar, no sentido apresentado no art. 143.º do Cód. Civil italiano. Ou seja, não determina se pela dívida responde o património próprio do cônjuge que contraiu a dívida, se o património de ambos os cônjuges, se o património comum (no regime de comunhão a dívida será comum, nos termos do art. 186.º, al. c), do Cód. Civil italiano) e o próprio de cada um dos cônjuges (determinando o art. 190.º do Cód. Civil italiano, que os bens próprios só respondem na medida da metade), não havendo também norma que regule a questão na separação de bens. Por isso, a discussão abordada previamente e que retomaremos na análise da responsabilidade patrimonial.

A propósito das dívidas contraídas no interesse da família, convém ainda referir a contracção das mesmas no contexto do fundo patrimonial. De facto, o direito italiano prevê, como regime de bens, o fundo patrimonial. Constitui um complexo de bens pertencente aos cônjuges ou a um deles ao qual a lei lhe atribui um destino distinto do restante património dos cônjuges e do património da comunhão legal, já que visa a satisfação das necessidades económicas da família. A propriedade dos bens que constituem o fundo patrimonial pertence a ambos os cônjuges salvo se outra coisa for estipulada no acto de constituição. Assim, estes bens que integram o fundo patrimonial respondem apenas pelas dívidas relativas à contribuição para as necessidades da família, bem como as relativas à administração e melhoramento dos bens que o compõem. Nos termos do art. 170.º do Cód. Civil italiano os bens que constituem o fundo e os seus frutos respondem perante os credores que ignoravam que a dívida foi contraída para

³⁶¹ O cônjuge que não tem meios financeiros pode, à luz do dever de contribuição, contrair dívidas para ocorrer às necessidades da vida familiar e no interesse da família, sem necessidade do apoio do cônjuge “mais forte” economicamente e podendo responsabilizar os bens comuns. V., M. Verzera, *ob. e loc. cit.*, p. 644.

satisfação de interesses estranhos ao da família. Se os bens do fundo forem insuficientes respondem os bens próprios dos cônjuges nos termos do art. 190.º do Cód. Civil italiano, tal como na comunhão legal³⁶². Se o credor não ignorava o interesse estranho não há responsabilidade dos referidos bens, cabendo ao devedor a prova de que o credor sabia que a dívida foi contraída para satisfação de outro interesse³⁶³.

Também o direito espanhol regula especialmente as dívidas relativas ao sustento do lar familiar. O art. 1318.º, 1.º, do Cód. Civil espanhol, decorrente do dever recíproco dos cônjuges contribuírem para os encargos da vida familiar, estipula que os bens dos cônjuges estão sujeitos ao “*levantamiento de las cargas del matrimonio*”³⁶⁴. Não refere, porém, o art. 1318.º o que se entende por *cargas del matrimonio*. É o art. 1362.º do Cód. Civil espanhol, no âmbito da *sociedad de gananciales*, que indica uma noção ao falar das dívidas da responsabilidade do património comum: dívidas relativas ao sustento da família, à alimentação e educação dos filhos comuns e dos filhos de um só dos cônjuges que vivam no lar familiar, bem como os gastos efectuados atendendo aos usos e às circunstâncias da família (“*atenciones de previsión acomodadas a los usos y las circunstancias de la familia*”)³⁶⁵. Trata-se, portanto, dos gastos gerais e necessários à vida em comum dos cônjuges e dos filhos, de acordo com o nível de vida da família.

³⁶² T. Auletta, *ob. cit.*, p. 137.

³⁶³ A. Finocchiaro/M. Finocchiaro, *Riforma del diritto...*, *cit.*, p. 498, e M. Morelli, *ob. cit.*, p. 158. Anteriormente à Reforma de 1975, o art. 169.º, n.º 3, do Cód. Civil italiano, estipulava que a inalienabilidade dos bens que constituíam o fundo era oposta a terceiros credores; e o art. 170.º do Cód. Civil italiano, prevendo a mesma limitação quanto ao conhecimento do interesse não familiar por parte do credor, admitia apenas a execução sobre os frutos dos bens que constituíam o fundo quando o credor desconhecia que a dívida não era contraída no interesse da família. V., Guido Tedeschi, *Trattato di Diritto Civile Italiano. Il matrimonio. Il regime patrimoniale della famiglia*, sob a direcção de F. Vassalli, vol. III, tomo 1, 2.ª ed., Torino, Utet, 1950, p. 517, Santosuosso, *Il matrimonio e il regime patrimoniale...*, *cit.*, pp. 534 e 535, e B. Grasso, “Il regime in generale e il fondo patrimoniale”, in AAVV, *Trattato di diritto privato. Persona e famiglia*, sob a direcção de Pietro Rescigno, vol. III, tomo II, 2.ª ed., Torino, UTET, 1996, p. 431.

³⁶⁴ Como refere Tomás Gimenez Duart, “La organización económica del matrimonio tras la reforma de 13 de mayo de 1981”, *Revista de Derecho Notarial*, ano XXIX, n.ºs CXIII-CXIV, 1981, p. 84, o § 1.º do art. 1318.º do Cód. Civil espanhol traduz a transposição na esfera patrimonial dos deveres pessoais de socorro, ajuda mútua, repartição das responsabilidades domésticas e actuação no interesse da família, previstos nos arts. 67.º e 68.º do Cód. Civil espanhol.

³⁶⁵ Yolanda Bustos Moreno, *ob. cit.*, pp. 182-184, considera que, apesar de todas as despesas em causa terem um carácter familiar, porque implicam ocorrer a uma necessidade da família, importa distinguir entre *cargas del matrimonio* e *cargas familiares*, entendendo pelas primeiras aqueles encargos pelos quais apenas os cônjuges estão obrigados no âmbito do regime patrimonial do casamento, e pelas segundas os encargos relativos às relações paterno-filiais, ou seja, as obrigações de ordem patrimonial que os pais estão obrigados para com os filhos. Em todo o caso, para a definição de *cargas del matrimonio* para efeitos do art. 1318.º do Cód. Civil espanhol recorre também ao art. 1362.º do Cód. Civil espanhol. No mesmo sentido, v., M.ª Pilar Alvarez Olalla, *ob. cit.*, pp. 54-70. V., quanto aos gastos incluídos no conceito de *carga*, Isabel Miralles González, “El deber de contribución a las cargas del matrimonio”, *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 3, 1987, pp. 594-597, que também distingue entre *cargas del matrimonio* e *cargas familiares* (pp. 598 e 599).

Por outro lado, o art. 1318.º do Cód. Civil espanhol, ao falar em sujeição dos bens dos cônjuges, pode interpretar-se em dois sentidos, ou seja, num aspecto externo e num aspecto interno. De facto, trata-se de uma obrigação dos cônjuges que resulta numa responsabilidade face a terceiros que podem executar os bens dos cônjuges (aspecto externo – relação com terceiros ou credores); e de uma obrigação dos próprios cônjuges que com os seus bens devem contribuir para os encargos da vida familiar (aspecto interno – relação entre os cônjuges). Podendo os credores executar os bens dos cônjuges, o art. 1318.º não especifica se se trata dos bens próprios ou dos bens comuns (que também pertencem aos cônjuges)³⁶⁶. A questão de saber que bens respondem, e a que título, dependerá do regime de bens matrimonial, pelo que remetemos para a análise subsequente. Em todo o caso, convém dizer que no regime supletivo de comunhão de adquiridos existe um património afecto ao sustento da família e aos seus encargos normais, o que não acontece no regime de separação de bens.

Não refere também o art. 1318.º do Cód. Civil espanhol, em que medida devem contribuir os cônjuges, devendo o critério encontrar-se no art. 1438.º do Cód. Civil espanhol que determina, na falta de estipulação por parte dos cônjuges³⁶⁷, a contribuição em proporção com os respectivos recursos económicos de cada um³⁶⁸.

O art. 1318.º, 2.º, Cód. Civil espanhol, refere a consequência da falta de cumprimento de tal obrigação, podendo o juiz adoptar as medidas que considere necessárias para assegurar o cumprimento e prover às necessidades futuras³⁶⁹.

³⁶⁶ A. López/V.L. Montés/E. Roca, *et alii*, *ob. cit.*, p. 95, e L. Díez-Picazo/A. Gullón, *ob. cit.*, p. 143.

³⁶⁷ De acordo com a doutrina espanhola, será nulo o pacto em que um dos cônjuges se exime por completo de contribuir para tais despesas, dado ir contra o disposto no art. 1318.º do Cód. Civil espanhol e atentar contra o princípio constitucional da igualdade entre os cônjuges. V., Isabel Miralles González, *loc. cit.*, p. 600, e M.ª Pilar Alvarez Olalla, *ob. cit.*, p. 100. Alguns autores consideram, porém, que o acordo entre os cônjuges regulador de tal contribuição é válido mas apenas na esfera interna entre os cônjuges e com eficácia limitada face a terceiros, seja por estes não terem de suportar um prejuízo, seja por se entender que a situação é equiparável à prática de actos a título gratuito, com as consequências que comporta. V., com uma análise geral das posições adoptadas, María Jesús Monfort Ferrero, *ob. cit.*, p. 132, e B. Ribera Blanes, *ob. cit.*, pp. 55 e segs.

³⁶⁸ Contra, Lledó Yagüe, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 148 e 149, para quem a proporção da contribuição de cada um será determinada por acordo dos cônjuges. Na falta de acordo, se o regime for de comunhão de adquiridos, responde o património comum, nos termos do art. 1362.º do Cód. Civil espanhol, e se responder o património próprio do cônjuge terá direito de reembolso (art. 1364.º do Cód. Civil espanhol). Responde, portanto, pela dívida o património comum e solidariamente o património próprio do cônjuge que contraiu a dívida (art. 1319.º do Cód. Civil espanhol). Só no regime de separação, e no de participação nos adquiridos, por força do art. 1413.º do Cód. Civil espanhol, será de observar o art. 1438.º do mesmo código. M.ª Dolores Díaz-Ambrona Bardají/Francisco Hernández Gil, *ob. cit.*, pp. 248 e 249, e Carlos Lasarte, *ob. cit.*, p. 159, também referem apenas a regra da proporcionalidade no regime de separação e de participação nos adquiridos. Parece-nos, porém, que dessa forma confundem-se as relações internas entre os cônjuges com as relações externas de responsabilidade face aos credores (e neste sentido também se pronuncia José A. Alvarez-Caperochipi, *ob. cit.*, p. 221, nota 4).

³⁶⁹ V., sobre este § 2.º, Isabel Miralles González, *loc. cit.*, pp. 605-607, e M.ª del Carmen Pastor Álvarez, *El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio*, Murcia, Universidad de Murcia, Marcial Pons, 1998, pp. 114-129.

Por outro lado, e desde a Reforma de 1981, os gastos causados por litígios (*litis expensas*) são regulados no § 3.º do art. 1318.º Cód. Civil espanhol. Fala-se em gastos com litígios entre os cônjuges e com litígios com terceiros, ou seja, os gastos necessários causados em litígios que um cônjuge mantenha contra o outro, que não impliquem má fé ou desrazoabilidade (não procedem, assim, as pretensões injustas e inúteis, o que, aliás, corresponde à jurisprudência do Tribunal Supremo), podendo ser questões relativas aos aspectos pessoais ou patrimoniais do casamento, sendo neste último caso de aplicar também o regime dos gastos nos litígios com terceiros³⁷⁰; ou contra terceiro se implicarem um proveito comum da família (exige-se que o litígio se tenha iniciado com esse objectivo e não que o proveito seja um resultado)³⁷¹.

Por estas dívidas respondem os bens próprios do cônjuge autor do litígio. Na falta ou insuficiência destes bens responde o património comum e, na falta deste, o património próprio do outro cônjuge mas apenas quando seja a posição económica deste que impeça o outro, de acordo com a *Ley de Enjuiciamiento Civil* (e com o art. 3.º da Lei n.º 1/1996, de 10 de Janeiro, relativa à *Asistencia Jurídica Gratuita*), de obter o benefício do apoio judiciário. Mesmo que o cônjuge autor do litígio tenha bens, seria injusto que este suportasse os encargos àquele relativos se redundarem em proveito comum. Neste caso, e vigorando um regime de comunhão, deve ser o património comum, em primeiro lugar, a suportar tais dívidas (arts. 1362.º e 1364.º Cód. Civil espanhol)³⁷².

O ordenamento jurídico alemão, nos §§ 1443.º e 1465.º do BGB, nos casos de administração singular ou conjunta dos bens comuns, regula também os *Prozeßkosten*. Assim, no caso de litígio entre os cônjuges as custas processuais nunca recaem sobre a comunhão, mas sobre o cônjuge que as deva suportar por aplicação das regras gerais. Se se trata de processo contra terceiro, distingue-se consoante qual dos cônjuges seja o administrador dos bens comuns. De facto, o património comum responde também pelas custas processuais, mesmo que a sentença não tenha eficácia em relação a ele (§§ 1438.º, 2.º, e 1460.º, 2.º, do BGB). Mas cabe articular estes preceitos com os §§ 1443.º e 1465.º do BGB, relativos às relações internas entre os cônjuges³⁷³. De facto, nas suas

³⁷⁰ M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, p. 1502, e A. López/V.L. Montés/E. Roca, *et alii*, *ob. cit.*, p. 96.

³⁷¹ A. López/V.L. Montés/E. Roca, *et alii*, *ibidem*, exigem que também aqui o litígio não seja de má fé ou desrazoável, ainda que, se o for, na maioria dos casos, não haja proveito da família.

³⁷² V., M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, p. 1502, Yolanda Bustos Moreno, *ob. cit.*, pp. 355-362, L. Díez-Picazo/A. Gullón, *ob. cit.*, p. 144, e Lledó Yagüe, *et alii*, *ob. cit.*, p. 150.

³⁷³ Em todo o caso, as despesas processuais dos §§ 1438.º, 2.º, e 1460.º, 2.º, do BGB, não incluem as despesas de representação ou despesas relativas ao andamento do processo (p. ex., o pagamento dos honorários do advogado), mas apenas as custas judiciais. Pelo contrário, as custas a que se referem os §§ 1443.º e 1465.º incluem também aquelas despesas. V., MünchKomm - *Kanzleiter*, §

relações recíprocas as custas processuais relativamente a litígios entre os dois estão a cargo definitivo do cônjuge que, de acordo com as regras gerais da matéria, as tenha que suportar. No caso de se tratar de litígio entre o cônjuge não administrador, ou qualquer um dos cônjuges na administração conjunta, e um terceiro, as custas serão da responsabilidade deste cônjuge nas suas relações recíprocas com o outro. Em todo o caso, as custas podem ser imputadas ao património comum se a sentença o vincular (a sentença deve ser eficaz face à comunhão, ou seja, será eficaz nos termos dos §§ 1428.º, 1429.º, 1431.º e 1433.º do BGB ou se houve consentimento do cônjuge administrador ou do outro cônjuge) ou quando o litígio se referir a um assunto pessoal ou a uma obrigação do património comum, e o pagamento das custas seja permitido atendendo às circunstâncias do caso.

A regulamentação destas dívidas não encontra paralelo no nosso ordenamento jurídico, sendo, por isso, aplicáveis as regras gerais. Em todo o caso, pode alguma delas, por preenchimento dos pressupostos de pelo menos uma das disposições dos arts. 1691.º e segs., ser uma dívida comum³⁷⁴.

Estipula o art. 1319.º, 1.º, do Cód. Civil espanhol, por seu lado, que qualquer um dos cônjuges pode praticar os actos necessários para ocorrer às necessidades ordinárias da família, que estejam a seu cargo³⁷⁵, de acordo com aquilo que for considerado normal

1438 Rdn. 6, p. 646, § 1460 Rdn. 6, p. 685, § 1443 Rdn. 3-6, p. 653, e § 1465 Rdn. 1 e 2, p. 688, e Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Familienrecht*, vol. 4, §§ 1363.º-1563.º, 13.ª ed., Berlin, Sellier-de Gruyter, 1994, § 1438 Rdn. 10 e 11, p. 558, § 1441 Rdn. 14, p. 568, e § 1443 Rdn. 4, p. 572.

³⁷⁴ Não encontram também paralelo em qualquer ordenamento jurídico por nós analisado as dívidas reguladas nos §§ 1444.º e 1466.º do BGB. O § 1444.º regula a situação da promessa ou concessão de estabelecimento a um filho comum ou de apenas um dos cônjuges. Como diz Staudinger, *ob. cit.*, §§ 1363.º-1563.º, § 1444, Rdn. 3, p. 575, estabelecimento é o que os pais entregam ao filho por altura do casamento ou com vista à obtenção de uma posição de vida independente. Assim, no caso de promessa ou concessão de estabelecimento a um filho comum pelo cônjuge administrador a cargo do património comum, o custo de tal estabelecimento será da responsabilidade deste cônjuge no que exceder o património comum. No caso de se tratar de filho de apenas um dos cônjuges a dívida paga pelo património comum e constituída pelo cônjuge administrador será da responsabilidade definitiva, nas relações recíprocas entre os cônjuges, do pai ou da mãe; o mesmo poderá valer se a dívida foi contraída pelo cônjuge não administrador mas só se o administrador o consentiu (ou tiver havido o respectivo suprimento judicial - § 1430.º do BGB), dado que aquele carece do consentimento deste para dispor dos bens comuns. No caso de administração conjunta, o § 1466.º do BGB regula apenas a situação do estabelecimento de filho de apenas um dos cônjuges, dispondo que a responsabilidade definitiva nas relações internas por tal dívida será do pai ou da mãe do filho. Em todo o caso, no caso de filho comum ou não só pode haver afectação dos bens comuns ao referido estabelecimento se ambos os cônjuges o realizarem ou um com o consentimento do outro (ou respectivo suprimento judicial). Pode um dos cônjuges actuar sozinho afectando bens comuns se tiver o consentimento do outro ou nas situações de doença ou ausência que impossibilitem o outro, nos termos do § 1454.º do BGB. Caso contrário, a afectação dos bens comuns ao estabelecimento do filho não será eficaz.

³⁷⁵ Não podendo considerar-se que o art. 1319.º do Cód. Civil espanhol com esta expressão implique um retrocesso no princípio da igualdade dos cônjuges (dado não haver funções pré-determinadas entre os cônjuges e, mesmo que existam por acordo interno entre eles, nunca se oporiam a terceiros credores), deve entender-se que se visa aqui legitimar todos os actos praticados para ocorrer às necessidades ordinárias da família por qualquer um dos cônjuges e que a ambos responsabilizam. V., Isabel Miralles González,

no lugar e circunstâncias da mesma família^{376 377}. De acordo com o artigo em causa, aplicável a todos os regimes de bens, são comuns as dívidas contraídas para satisfação das necessidades domésticas. Estas necessidades, que devem ser ordinárias, são as normais para a vida do dia a dia da família (como alimentação, vestuário, medicamentos, pequenas reparações, pagamento da água, electricidade, gás, despesas de transportes e até certos caprichos pessoais que não excedam o “dinheiro de bolso” familiar).

Por outro lado, o regime previsto pelo art. 1319.º do Cód. Civil espanhol para as dívidas relativas às necessidades ordinárias da família implica uma excepção aos regimes de comunhão, na medida em que permite a actuação individual de qualquer um dos cônjuges face à regra da actuação conjunta, e uma excepção ao regime de separação, dado que, nos termos do art. 1440.º do Cód. Civil espanhol, a regra é a de que cada cônjuge responde pelas dívidas que contrai (e a mesma norma vale para o regime de participação nos adquiridos). A razão de tal regime de excepção face às outras dívidas está na protecção dos credores e na segurança do tráfego jurídico³⁷⁸.

loc. cit., pp. 611 e 612, M.ª Pilar Alvarez Olalla, *ob. cit.*, pp. 151 e 152, e María Jesús Monfort Ferrero, *ob. cit.*, pp. 39-44. A eventual distribuição de competências apenas pode atender-se nas relações internas entre os cônjuges, na repartição efectuada na realização das diferentes necessidades domésticas (M.ª del Carmen Pastor Álvarez, *ob. cit.*, p. 191).

³⁷⁶ María Jesús Monfort Ferrero, *ob. cit.*, p. 32, entende não ser de fazer uma interpretação literal do artigo. A actuação do cônjuge poderia estar limitada se no local onde desenvolve a sua actividade o acto não for usual ou conforme as circunstâncias da família. Assim, deve entender-se que cabe no art. 1319.º do Cód. Civil espanhol tudo o que for indispensável para satisfação das necessidades ordinárias da família. Incluem-se também os actos não só de administração como de disposição, importando apenas o fim do acto. Deve, portanto, ser relevante o nível de vida familiar e a sua correspondência com os recursos económicos dos cônjuges (M.ª del Carmen Pastor Álvarez, *ob. cit.*, pp. 195 e 196).

Mata Pallares, *loc. cit.*, p. 341, refere as dívidas contraídas por um só dos cônjuges (art. 1386.º do Cód. Civil espanhol) que impliquem gastos urgentes e necessários ainda que de carácter extraordinário. Não regulando a lei expressamente a questão, e apesar de a doutrina se inclinar para a aplicação do art. 1365.º do Cód. Civil espanhol, com a responsabilidade dos bens próprios do cônjuge que contraiu a dívida e dos bens comuns, considera o autor mais justo aplicar o art. 1319.º do Cód. Civil espanhol e a responsabilidade subsidiária dos bens próprios do outro cônjuge.

³⁷⁷ Abrange o domínio do que se chama “*potestad doméstica*” e que é diferente, por ser mais restrito (dado compreender apenas as necessidades familiares e apenas as ordinárias), do que as “*cargas del matrimonio*” a que se refere o art. 1318.º do Cód. Civil espanhol. M.ª Dolores Díaz-Ambrona Bardají/Francisco Hernández Gil, *ob. cit.*, p. 248.

³⁷⁸ María Jesús Monfort Ferrero, *ob. cit.*, pp. 53 e 54, apresenta como justificação dada por alguns autores a segurança do tráfego jurídico, ao equipararem o art. 1319.º do Cód. Civil espanhol ao art. 286.º do *Código de Comercio* ou aos arts. 76.º e 11.º das *Leyes das Sociedades Anónimas* e das *Responsabilidad Limitada*, relativos aos assuntos “*conciermentes al giro y tráfico de la empresa*”. O terceiro credor deve poder confiar na aparente legitimidade do cônjuge para ocorrer às necessidades ordinárias da família e todos os bens do património comum devem responder por tal dívida. Por seu lado, M.ª Dolores Díaz-Ambrona Bardají/Francisco Hernández Gil, *ob. cit.*, p. 254, entendem não ser razoável esta protecção do credor quando representa uma excepção aos princípios gerais reguladores dos regimes de bens do casamento, seja o da actuação conjunta, no regime de comunhão, seja o da responsabilidade pessoal, nos regimes de separação e participação nos adquiridos. Por isso, defendem que “*sería más conveniente su supresión (...)*”.

Os arts. 1362.^o³⁷⁹ e 1363.^o do Cód. Civil espanhol determinam as dívidas que, contraídas por qualquer um dos cônjuges, são dívidas da comunhão (*cargas de la sociedad de gananciales*) e que devem ser suportadas a título definitivo pelo património comum.

Assim, as dívidas que responsabilizam a comunhão são, em primeiro lugar (art. 1362.^o, 1.^o, do Cód. Civil espanhol), as relativas ao sustento da família, à alimentação e educação dos filhos comuns e dos filhos de um só dos cônjuges que vivam no lar familiar³⁸⁰, bem como os gastos de previsão efectuados atendendo, em todas elas (e não apenas nestes gastos), aos usos e às circunstâncias da família (ao que é habitual numa família concreta e atendendo ao seu nível de vida e recursos económicos reais)³⁸¹. O sustento da família é, obviamente, um conceito amplo que abrange não só uma faceta alimentar, no sentido do art. 142.^o do Cód. Civil espanhol (sustento, habitação, vestuário, assistência médica, educação), como também deve abranger as dívidas relativas à gestão razoável da economia doméstica (p. ex., a aquisição de mobiliário). Ao falar em sustento da família deve entender-se, como família, o casal e os filhos, ou seja, as obrigações que um dos cônjuges possa ter para com outros parentes (ascendentes, irmão...) não constituem encargos do casamento³⁸². Trata-se, portanto, dos gastos gerais e necessários à vida em comum dos cônjuges e dos filhos, de acordo com o nível de vida da família e os recursos familiares disponíveis, podendo, porém, também incluir gastos extraordinários que sejam necessários ou inevitáveis (p. ex., a operação

³⁷⁹ A norma tem semelhanças com o art. 186.^o do Cód. Civil italiano, ainda que o legislador espanhol faça uma distinção mais clara entre as relações internas entre os cônjuges e o património responsável pela dívida face aos credores, situações reguladas, ambas, no art. 186.^o do Cód. Civil italiano.

³⁸⁰ Se o filho vive no lar, a comunhão suporta os gastos de alimentação e educação, entendidos como alimentos em sentido amplo. Se não vive, o património comum também responde por tais dívidas, mas haverá direito de reembolso da comunhão pelo cônjuge obrigado a alimentos ao filho. No caso de filho comum a lei não faz esta distinção, pelo que será de considerar que a dívida com o filho será a cargo da comunhão mesmo que não viva na mesma casa. Repare-se que estas dívidas permanecem, dado a lei não fazer distinção, mesmo no caso de filho maior de idade em que há obrigação de alimentos, nos termos dos arts. 142.^o e segs. do Cód. Civil espanhol. V., M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 1665 e 1666, e Yolanda Bustos Moreno, *ob. cit.*, pp. 214-229.

A este art. 1362.^o do Cód. Civil espanhol correspondem, regulando as “*cargas del matrimonio*”, os arts. 220.^o e 1409.^o, 1.^o, do Cód. Civil francês, os arts. 143.^o, 147.^o e 186.^o, al. c), do Cód. Civil italiano, os arts. 217.^o, 221.^o, 222.^o e 1414.^o, 1.^o, do Cód. Civil belga (que estabelecem que os cônjuges estão obrigados a contribuir para os encargos do casamento, ou seja, para as necessidades da família e educação dos filhos, sendo comuns as dívidas relativas a essas necessidades, desde que não sejam excessivas em relação aos recursos da família), e os §§ 1357.^o, 1360.^o e 1360.^a do BGB (determinando como obrigação recíproca dos cônjuges a prestação de alimentos e sustento da família – *Familienunterhalt*).

³⁸¹ Sobre este aspecto, v., Yolanda Bustos Moreno, *ob. cit.*, pp. 231-240.

³⁸² Contra, Jerónimo López Pérez, “Aspectos externo e interno de responsabilidad en la sociedad de gananciales: interés del acreedor y de los cónyuges”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLVI, n.º 2, 1993, p. 756, entendendo que a expressão “família” abrange também outros parentes, sogros, etc.

cirúrgica com alguma urgência estando em causa a saúde de um dos membros da família). Não se limita, por isso, à *potestad doméstica* do art. 1319.º do Cód. Civil espanhol que apenas abrange as necessidades ordinárias³⁸³. Abrange ainda os gastos que o cônjuge está moral ou socialmente obrigado a realizar face a terceiros pessoas (p. ex., o presente de casamento ou a ajuda prestada a um parente pobre)³⁸⁴. Quanto à existência de seguros, Lacruz Berdejo e Sancho Rebullida consideram que uma espécie de *atenciones de previsión* são os prémios de seguro pagos para o caso de morte do marido, em benefício da mulher, ou vice-versa, ou em benefício dos filhos (comum ou que viva no lar familiar), que, por isso, constituem “*cargas de la sociedad de gananciales*”³⁸⁵. Por *atenciones de previsión* deve entender-se todas as prestações que tenham por finalidade atender antecipadamente aos gastos que possam surgir à família como consequência de imprevistos futuros. Daí que se destaquem os seguros (de vida, acidentes pessoais, doença, seguros escolares ou seguros obrigatórios como os de viagem ou de automóvel, seguros de protecção do lar familiar...). Inclui-se também nas *atenciones de previsión* o pagamento das quotas para a Segurança Social ou dos planos de reforma³⁸⁶. Isabel Miralles González inclui ainda como encargos familiares o pagamento do imposto sobre o rendimento³⁸⁷.

Dado que, no direito espanhol, a regra é a da administração conjunta dos bens comuns, também só ambos os cônjuges deveriam contrair dívidas que

³⁸³ V., Isabel Miralles González, *loc. cit.*, p. 609, e María Jesús Monfort Ferrero, *ob. cit.*, pp. 88-91. Tomás Giménez Duart, “Cargas y obligaciones...”, *loc. cit.*, p. 545, considera os termos sinónimos.

³⁸⁴ M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, p. 1665, Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida, *et alii*, *ob. cit.*, p. 208, e Yolanda Bustos Moreno, *ob. cit.*, pp. 184 e segs. Esta última autora refere algumas dívidas em particular que podem incluir-se no art. 1362.º, 1.º, do Cód. Civil espanhol. Assim, as despesas relativas ao “dinheiro de bolso” (*das Taschengeld*), ou seja, aquelas somas de pequeno valor que se entregam aos filhos (semanada) ou ao outro cônjuge que se dedica exclusivamente ao lar, fixadas de acordo com o nível de vida do casal, devem incluir-se como dívidas relativas ao sustento da família constituindo *cargas de la sociedad de gananciales*. Deve incluir-se também nas despesas com a educação dos filhos todas as dívidas relativas à normal formação, a todos os níveis (escolar, social, cultural, física, artística...), dos filhos que, muitas vezes, sobretudo se se trata de um curso universitário, vai além dos 18 anos (art. 142.º, 2.º, do Cód. Civil espanhol, e como acontece com o nosso art. 1880.º) ou ainda as despesas com a educação e formação dos próprios cônjuges (atendendo aqui, contudo, ao acordo dos cônjuges nesse sentido e o padrão familiar em paralelo com a espécie de formação visada). Inclui também as despesas com a doença, parto ou acidente dos cônjuges ou filhos, como as dívidas com os médicos, medicamentos, internamento... sempre pautadas pelo padrão de vida familiar, bem como relativas aos gastos funerários no caso de se tratar de uma dívida contraída antes da morte do cônjuge, p. ex., o pagamento de um seguro ou do jazigo de família (se for ulterior, o casamento foi dissolvido com a morte, não podendo dizer-se, em rigor, que temos uma dívida da comunhão).

³⁸⁵ Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida, *et alii*, *ob. cit.*, p. 209.

³⁸⁶ V., Yolanda Bustos Moreno, *ob. cit.*, pp. 201-211, com especial incidência sobre o seguro de vida. Também Serrano Alonso, *et alii*, *Regimén económico del matrimonio*, 3.ª ed., Oviedo, Editorial Forum, 1996, p. 85, considera que o pagamento dos prémios de seguro de vida de um dos membros da família incumbe ao património comum se redundar em benefício da família.

³⁸⁷ Isabel Miralles González, *loc. cit.*, p. 595.

responsabilizariam a comunhão. Porém, tal paralisaria o seu funcionamento. Por isso, a lei, no art. 1365.º do Cód. Civil espanhol, determina as dívidas que contraídas por um dos cônjuges responsabilizam também os bens comuns. Assim, os bens comuns respondem directamente pelas dívidas contraídas por um dos cônjuges: no exercício do governo doméstico ou da administração ou disposição dos bens comuns que, por lei ou convenção matrimonial, caiba ao cônjuge (§ 1.º); no exercício ordinário da sua profissão, arte ou ofício ou na administração ordinária dos bens próprios (§ 2.º).

O governo ou poder doméstico pode identificar-se com o suprimento das necessidades ordinárias da família, de que fala o art. 1319.º do Cód. Civil espanhol (e cujo conteúdo se encontra, para alguns autores, no art. 1362.º, 1.º, do mesmo código)³⁸⁸.

Tal como os outros ordenamentos jurídicos já analisados, o direito alemão apresenta uma parte geral reguladora dos efeitos do casamento (§§ 1353.º e segs. do BGB – “*Wirkungen der Ehe im Allgemeinen*”), onde se inclui o § 1357.º do BGB relativo aos negócios realizados por qualquer um dos cônjuges para ocorrer às necessidades básicas da família.

O § 1357.º do BGB (que equivale ao art. 220.º do Cód. Civil francês), regulador das relações patrimoniais dos cônjuges independentemente do regime de bens, determina que qualquer um dos cônjuges tem o poder de concluir, com efeitos em relação ao outro cônjuge, negócios destinados à satisfação das necessidades da vida familiar. Portanto, cada um dos cônjuges deve satisfazer de maneira apropriada as necessidades da família. Ambos os cônjuges estão, por isso, autorizados a realizar tais negócios, estando também ambos obrigados pelos direitos e as obrigações emergentes desses negócios, salvo se algo diferente resultar das circunstâncias.

Nas relações internas (entre os cônjuges) o § 1357.º atribui a cada um dos cônjuges o poder de realizar negócios que produzem efeitos em relação ao outro, não parecendo admitir acordos em sentido contrário (o que não impede a faculdade conferida no § 1357.º, 2.º). Nas relações com terceiros, o negócio realizado por um faz nascer direitos e obrigações para os dois cônjuges, desde que se trate da satisfação das necessidades da

³⁸⁸ Tomás Giménez Duart, “Cargas y obligaciones...”, *loc. cit.*, p. 545, M. A. Rueda Pérez/J. M. Rueda Pérez, *loc. cit.*, p. 575, e Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida, *et alii, ob. cit.*, p. 202. Contra, María Jesús Monfort Ferrero, *ob. cit.*, pp. 104-106. Com efeito, o conteúdo do art. 1362.º do Cód. Civil espanhol é mais amplo que o do art. 1319.º, como, aliás, já fizemos referência *supra*, a propósito do art. 1362.º, 1.º. Identificando-se essa *potestad doméstica* do art. 1365.º, 1.º, do Cód. Civil espanhol, com o art. 1319.º do mesmo código, significa isso que respondem pelas dívidas os bens comuns e solidariamente os bens próprios do cônjuge que contraiu a dívida. Respondem ainda subsidiariamente os bens próprios do outro cônjuge (María Jesús Monfort Ferrero, *ob. cit.*, pp. 114 e 115).

vida familiar, não haja circunstâncias que se oponham à existência do “mandato doméstico” (p. ex., se se demonstrar que um dos cônjuges apenas actuou investido de um mandato do outro), não haja separação de facto entre os cônjuges e não haja exclusão do poder em causa nos termos do § 2.º.

O § 1357.º, 2.º, do BGB, estabelece que um dos cônjuges pode restringir ou excluir o poder do outro cônjuge para concluir tais negócios que o vinculem a si (nomeadamente, quando o seu cônjuge ainda que não completamente endividado, desperdiça os rendimentos familiares); se não existir fundamento suficiente para a restrição ou exclusão, o tribunal deverá, a pedido, revogá-la³⁸⁹. Perante terceiros a restrição ou exclusão só tem eficácia nos termos do § 1412.º do BGB, que exige o registo das convenções de exclusão ou modificação do regime de bens para que sejam oponíveis a terceiros.

É importante a este propósito notar que há a possibilidade no ordenamento jurídico alemão de um cônjuge poder limitar ou excluir o poder de actuação do outro no sentido de o responsabilizar por dívidas relativas ao sustento do lar familiar, evitando, assim, prejuízos patrimoniais por actos irreflectidos ou danosos do outro cônjuge. Entre nós a única possibilidade de um cônjuge reagir contra a responsabilização por dívidas comuns contraídas pelo outro cônjuge é a de requerer a separação judicial de bens. Porém, esta solução, além de exigir o preenchimento dos seus requisitos (art. 1767.º) só existirá no caso de os cônjuges estarem casados num dos regime de comunhão. Além disso, não impede a responsabilização de ambos os cônjuges antes dessa separação, surgindo como um remédio e não com o efeito preventivo que tem a solução do § 1357.º, 2.º, do BGB.

Por fim, determina ainda o § 1357.º, 3.º, do BGB, que a atribuição do poder de celebrar negócios com eficácia para o outro cônjuge não vale no caso de os cônjuges viverem separados (entendendo-se por *Getrenntleben* o previsto no § 1567.º, 1.º, do BGB)³⁹⁰.

Esta disposição veio substituir uma outra que vigorou até 1976. A modificação do chamado “poder das chaves” (*Schlüsselgewalt*), pertencente à mulher, processou-se a

³⁸⁹ Idêntico regime resulta do art. 220.º-1.º, do Cód. Civil francês, onde se limitam os poderes de um dos cônjuges em contrair tais dívidas.

³⁹⁰ Como referem Gernhuber/Coester-Waltjen, *ob. cit.*, § 19, IV, 10, p. 170, há um risco para os credores, que se baseiam na aparência de vida familiar, de não se aperceberem da separação e não beneficiarem da responsabilidade solidária dos cônjuges, dado que a separação de facto não está sujeita a registo (§ 1412.º do BGB). MünchKomm - *Wacke*, § 1357 Rdn. 45, pp. 235 e 236, chama a atenção para a necessidade de, nesses casos, salvaguardar a protecção de interesses dos credores que desconhecem e não deviam conhecer a separação, aplicando por analogia o disposto no § 2.º do § 1357.º do BGB.

dois níveis: por um lado, alargou-se tal poder ao homem, optando-se por uma disposição neutra em relação ao sexo; por outro lado, afastou-se o preceito da divisão de tarefas existente no interior do casamento (terminando o modelo de casamento da “mulher dona de casa”). Em consequência, já não se fala em negócios respeitantes ao “círculo da economia doméstica”, da actuação da mulher, mas em “negócios para a adequada satisfação das necessidades da vida familiar”. Por outro lado, se a dívida contraída pela mulher obrigava e responsabilizava apenas o marido, agora ambos os cônjuges são responsáveis por essas dívidas contraídas por um deles.

O poder conferido pelo § 1357.º do BGB não traduz exactamente o “poder das chaves”, já que o símbolo das chaves não pertence aos dois cônjuges indiferenciadamente (como estipula actualmente o § 1357.º), mas apenas ao que tiver a seu cargo o governo da casa (que antigamente era atribuído à mulher)³⁹¹. Wacke entende que o poder reconhecido a ambos os cônjuges no § 1357.º do BGB constitui a consagração legal de um caso de “procuração aparente ou tolerada”, invocando as origens no reconhecimento desse poder, ou seja, a ideia do mandato tácito ou presumido do marido para a mulher poder contrair dívidas que vinculassem também o marido³⁹². É evidente que neste mandato o objectivo principal, que implicava a protecção do credor, era sobretudo encontrar o meio adequado que permitisse à mulher a contracção de dívidas relativas ao governo doméstico.

A defesa de um mandato tácito entre os cônjuges (e já não do marido em relação à mulher) como a base para a co-responsabilização dos cônjuges pelas dívidas contraídas ao abrigo do § 1357.º do BGB (cujo poder aí previsto denominam de *Vertretungsrecht*), parece ser defendida por Beitzke e Lüderitz, ao pronunciarem-se sobre a limitação ou exclusão do poder do cônjuge conferido na referida disposição³⁹³. Assim, afirmam que a possibilidade de retirar o poder do outro cônjuge para assumir obrigações que também o responsabilizam a si, não é só uma relíquia da patriarcal administração da família mas assenta numa suposta autorização de cada um dos cônjuges para a actuação do outro. Também Wacke, como vimos, a propósito do poder das chaves e da função atribuída ao então § 1356.º do BGB, no sentido de possibilitar à mulher a realização de negócios pelos quais respondia o marido, considera que, ainda que em moldes diferentes, é ainda essa a função do § 1357.º do BGB, quando um dos cônjuges se dedica ao lar não

³⁹¹ V., Gernhuber/Coester-Waltjen, *ob. cit.*, § 19, IV, 4, p. 164.

³⁹² MünchKomm - Wacke, § 1357 Rdn. 5, p. 223.

³⁹³ Beitzke/Lüderitz, *ob. cit.*, p. 92.

exercendo uma actividade remunerada³⁹⁴. Refere mesmo que o objectivo do § 1357.º do BGB não é tanto a protecção do credor mas a atribuição dos meios ao cônjuge que se dedica ao governo doméstico³⁹⁵. Fala o autor de *Rechtsmacht sui generis*³⁹⁶. Com efeito, o § 1357.º atribui aos cônjuges um poder de co-responsabilização legal (*Mitverpflichtungsermächtigung*). O § 1357.º traduz a evolução do antigo poder das chaves para o mandato tácito³⁹⁷.

Contra este entendimento pronunciam-se Gernhuber e Coester-Waltjen, não considerando que o poder conferido aos cônjuges pelo § 1357.º do BGB consista num poder de representação³⁹⁸. Afastando-se da concepção tradicional da *Schlüsselgewalt*, o § 1357.º do BGB prevê um poder legal de actuação (*Handlungsmacht*) de cada um dos cônjuges com produção de efeitos em relação ao outro. Não há, por isso, qualquer actuação em nome de outrem mas uma expansão dos efeitos do negócio celebrado por um dos cônjuges, e que o vinculam, ao outro cônjuge. Assim, não são de aplicar as regras do direito de representação. Dölle defende a aplicação das regras do Direito das Sociedades, ainda no domínio do direito anterior, precisamente por já não haver uma actuação em representação do marido³⁹⁹. Não nega, porém, e atendendo ao § 713.º do BGB, que remete para os §§ 664.º a 670.º do BGB, a aplicação, se tal não for contra os princípios que regem o casal em concreto, das regras do mandato.

Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp e Martin Wolff encontram a origem do poder de direcção doméstica ou poder das chaves (*Schlüsselgewalt*) da mulher no antigo § 1356.º do BGB, que autorizava a mulher a dirigir os assuntos domésticos (o que implicava que lhe atribuíssem capacidade para a realização de negócios jurídicos nesse sentido)⁴⁰⁰. Este poder implicava, de acordo com o antigo § 1357.º, que a mulher podia gerir os

³⁹⁴ MünchKomm - Wacke, § 1357 Rdn. 1, pp. 219 e 220.

³⁹⁵ MünchKomm - Wacke, § 1357 Rdn. 4, p. 222. Também Staudinger, *ob. cit.*, §§ 1303.º-1363.º, § 1357 Rdn. 12, pp. 556 e 557, refere que a concessão de crédito ao cônjuge que se dedica ao lar é ainda um objectivo do § 1357.º do BGB.

³⁹⁶ No mesmo sentido, Soergel-Lange § 1357 Rdn. 9, p. 92, e Staudinger, *ob. cit.*, §§ 1303.º-1363.º, § 1357 Rdn. 24, p. 559, que considera que a natureza legal do § 1357.º do BGB é a de um instituto *sui generis* de Direito da Família.

³⁹⁷ MünchKomm - Wacke, § 1357 Rdn. 5, p. 223.

³⁹⁸ Gernhuber/Coester-Waltjen, *ob. cit.*, § 19, IV, 4 e 5, pp. 164 e 165.

³⁹⁹ Dölle, *ob. cit.*, pp. 704-706.

Afastando-se também da representação, entendendo que não há uma actuação em nome de outrem e que o cônjuge que contrata obriga-se a si por força do contrato e obriga o outro por força da lei, v., Martin Lipp, *Examens –Repetitorium. Familienrecht*, Heidelberg, C. F. Müller, 2001, p. 61. Fala este autor da atribuição no § 1357.º do BGB de um poder de actuação (*Rechtsmacht*) *sui generis*. Com a mesma denominação, v., Dieter Giesen, *Familienrecht*, 2.ª ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 1997, p. 111. Schwab, *Familienrecht*, 14.ª ed., München, C. H. Beck, 2006, pp. 75 e 76, denomina o poder atribuído aos cônjuges no § 1357.º como *Schlüsselgewalt* mas, ainda que admita a aplicação das suas regras, afasta-o do poder de representação geral.

⁴⁰⁰ Ludwig Enneccerus/Theodor Kipp/Martin Wolff, *ob. cit.*, pp. 313-321.

negócios do marido e representá-lo. Os negócios jurídicos por ela praticados, dentro desse poder doméstico, valiam como se fossem celebrados pelo marido, salvo se das circunstâncias se determinasse coisa diversa. Assim, a mulher surgia como gestora dos negócios e representante do marido na esfera doméstica. É evidente que este poder não lhe permitia cuidar dos seus próprios assuntos/negócios. Mas alguns destes negócios eram também do marido (que administrava e utilizava os bens trazidos pela mulher para o casamento), como, p. ex., os negócios que a mulher realizava em relação aos bens que trazia para o casamento (*eingebachte Güter*), que não os bens reservados, como a sua reparação. O poder da direcção doméstica só facultava à mulher a possibilidade de, por si só, celebrar negócios jurídicos relativos à esfera doméstica, definindo-se de acordo com os usos locais e os hábitos da família em causa. Seria o caso, p. ex., da compra de vestuário para a mulher, filhos e até marido, a contratação de criadas e cozinheiras, os contratos de prestação de serviços (lavandaria, costureira, electricista...), e até a aquisição de novos utensílios domésticos, a compra de brinquedos ou livros de estudo para os filhos, a compra de um quadro, a compra de presentes para amigos e familiares, o pagamento ao médico, etc. Já seria de excluir os negócios relativos à esfera estritamente individual da mulher e à esfera externa ao lar familiar⁴⁰¹. Tendo a mulher o poder de gerir os negócios e representar o marido, poder que resultava da lei, regia-se o mesmo pelas regras do mandato, devendo, por isso, a mulher prestar ao marido as informações necessárias, a pedido deste, informá-lo e prestar contas, bem como seguir as instruções do marido. Devia, por outro lado, entregar ao marido o resultado do negócio, podendo exigir-lhe que este lhe pagasse os gastos realizados e suportados com o património dela (antigo § 670.º do BGB). Tinha a mulher um poder de representação legal do marido e para a aferição da extensão de tal poder seria de atender ao comportamento do marido, ao seu nível de vida e à aparência demonstrada perante terceiros. Com isto seria possível determinar o limite de valor dentro do qual a mulher efectivamente actuava em nome do marido, sendo os negócios deste. Se a mulher actuava em nome próprio o negócio apenas a responsabilizava a ela perante terceiros. Se actuava em nome do marido só este ficava obrigado pelo negócio. E a regra era a de que se presumia (ao contrário da regra geral do então § 164.º do BGB) que os negócios que a mulher realizava dentro da sua esfera doméstica eram realizados em nome do marido⁴⁰². Repare-se, portanto, que a mulher nunca respondia por estas dívidas e podia

⁴⁰¹ Dölle, *ob. cit.*, pp. 700 e 701.

⁴⁰² Também Planck, *ob. cit.*, p. 86.

acontecer que o credor, contratando com aquela, não conseguisse obter o pagamento do seu crédito face a um marido insolvente. Por isso, a mulher deveria responder subsidiariamente por tais dívidas. Existia, portanto, responsabilidade subsidiária da mulher em caso de insolvência do marido⁴⁰³.

Podia, em todo o caso, o marido limitar ou extinguir o poder da mulher. Mas se tal fosse sem justificação, assumindo-se como um abuso do direito do marido, podia o tribunal afastar a referida limitação ou exclusão (§ 1357.º, 2.º, em moldes semelhantes aos que resultam do actual § 1357.º, 2.º e 3.º, do BGB)⁴⁰⁴.

Quanto ao conceito de necessidades da vida em comum (*Lebensbedarfs*), entende-se que abrange as compras ligadas ao governo da casa, como a aquisição de roupas para os cônjuges e filhos do casal e de pequenos objectos de mobiliário, a celebração de contratos de empreitada para a realização de pequenas reparações, compra de material de educação para os filhos, o pagamento do médico e dos medicamentos, pagamento das férias, etc.

Mas a exacta determinação dos negócios para ocorrer à satisfação das necessidades familiares é controversa, sendo normalmente de afastar os negócios relativos à profissão (como a conclusão ou rescisão de um contrato de trabalho, inscrição em seminários ou cursos de formação continuados...) e de investimento, de compra de uma habitação, ou de automóvel para utilização própria, de administração do património próprio de um dos cônjuges, de disposição, de contratos de seguro, etc.⁴⁰⁵. Discutida é a inclusão de contratos de crédito⁴⁰⁶, ainda que celebrados para prover às necessidades familiares,

⁴⁰³ V., Soergel-Lange § 1357 Rdn. 1, p. 90, MünchKomm - Wacke, § 1357 Rdn. 4, p. 220, Martin Lipp, *ob. cit.*, p. 61, e Schwab, *ob. cit.*, p. 76.

⁴⁰⁴ Para uma análise da origem do § 1357.º, pode ver-se MünchKomm - Wacke, § 1357 Rdn. 4 e 5, pp. 220 e 221.

⁴⁰⁵ V., Beitzke/Lüderitz, *ob. cit.*, pp. 89 e 90, e Lüderitz/Dethloff, *ob. cit.*, pp. 66-68, MünchKomm - Wacke, § 1357 Rdn. 23-31, pp. 226-230, Staudinger, *ob. cit.*, §§ 1303.º-1363.º, § 1357 Rdn. 44-70, pp. 564-570, e Gernhuber/Coester-Waltjen, *ob. cit.*, § 19, IV, 6, pp. 165-168.

⁴⁰⁶ Gernhuber/Coester-Waltjen, *ob. cit.*, § 19, IV, 3, p. 163, afastam a aplicação do § 1357.º do BGB dos contratos de crédito, área onde a protecção do credor seria mais justificável. A eventual responsabilidade dos cônjuges resultará da sua vinculação comum à obrigação contraída mediante um contrato celebrado por escrito. Porém, na p. 167 (§ 19, IV, 6), admite a sua aplicação e a responsabilidade solidária dos cônjuges se o pagamento dos contratos de crédito, com juros baixos, e das vendas a prestações, sempre destinadas ao sustento da família, for suportável pelos rendimentos da economia doméstica. MünchKomm - Wacke, § 1357 Rdn. 26-28, pp. 228 e 229, salientando que a situação financeira de quem requer o crédito é examinada pelas instituições bancárias, de tal forma que se não confiarem na capacidade de pagamento do devedor devem pedir a assinatura do outro cônjuge, afasta por essas razões o crédito bancário. Assim, o § 1357.º abrangeria apenas aquelas prestações e fornecimentos a crédito em que não fosse exigível, no tráfego jurídico, a verificação da capacidade de pagamento do adquirente. Schwab, *ob. cit.*, pp. 79 e 80 e 82, considera que o § 1357.º será de aplicar se o crédito visar a satisfação de necessidades familiares e se o prazo de reembolso não puser em causa o sustento do lar. Se, porém, o empréstimo em dinheiro não tiver uma afectação especial (e for contraído em termos gerais), mesmo que em concreto venha satisfazer necessidades familiares, já não deverá incluir-se no § 1357.º. Chama ainda o autor a

bem como a das vendas a prestações⁴⁰⁷, questões também discutidas como vimos no ordenamento jurídico francês.

O importante é que se trate de necessidades habituais da família, que o acto em causa se destine à satisfação de tais necessidades em concreto e que seja apropriado (*angemessen*) a essa satisfação (pautado pelo padrão de vida familiar)⁴⁰⁸. Para a determinação do que é ou não apropriado, deve recorrer-se ao § 1360.ºa do BGB que refere o que for “adequado” ao sustento da família. De facto, dispõe o artigo que o adequado sustento da família compreende todas as obrigações, para as quais os cônjuges devem contribuir de acordo com a sua situação, relativas às despesas de administração da casa, necessidades pessoais dos cônjuges e necessidades vitais dos filhos comuns que tenham direito a alimentos. Em qualquer caso, só estão abrangidos os negócios que se contenham dentro dos limites do rendimento disponível da família, determinado a partir do nível exterior de vida familiar, ou seja, reconhecível perante terceiros. Será de seguir aquilo que é a prática usual dentro de uma família concreta, o padrão da vida familiar⁴⁰⁹.

Se os pressupostos do § 1357.º do BGB⁴¹⁰ estiverem preenchidos os cônjuges são solidariamente responsáveis (*Gesamtsschuldner*) pela obrigação assumida por um deles^{411 412}.

atenção para o facto de que um dado negócio a crédito analisado individualmente poder até enquadrar-se no § 1357.º, mas a visão global sobre todos os negócios do mesmo tipo realizados pelo cônjuge implicar um fardo demasiado pesado para os rendimentos familiares. É a mesma lógica prevista no art. 220.º, 3.º, do Cód. Civil francês, que já referimos.

⁴⁰⁷ A favor, como referimos, Gernhuber/Coester-Waltjen, *ob. cit.*, § 19, IV, 6, p. 167, desde que as prestações não excedam os rendimentos disponíveis da economia doméstica. Contra, v., MünchKomm - Wacke, § 1357 Rdn. 28, p. 229, de onde se conclui que, na medida em que estas vendas estão sujeitas a um formalismo mais rigoroso, o vendedor adquire conhecimentos acerca das capacidades de pagamento do comprador, pelo que, se desejar a co-responsabilização do outro cônjuge, deverá exigir a sua assinatura. Por sua vez, Beitzke/Lüderitz, *ob. cit.*, p. 90, e Lüderitz/Dethloff, *ob. cit.*, pp. 67 e 68, consideram que pode incluir-se quer os contratos a crédito quer as vendas a prestações se a dívida em causa, além de suprir necessidades familiares, for apropriada a esse fim (também, art. 220.º, 3.º, do Cód. Civil francês).

⁴⁰⁸ Como refere MünchKomm - Wacke, § 1357 Rdn. 20, p. 225, é a satisfação das necessidades que deve ser apropriada („*Die Angemessenheit bezieht sich nicht auf den familiären Unterhalt, sondern auf dessen Deckung*”). Reportando a aferição das necessidades apropriadas ao padrão de vida dos cônjuges v. também, G. Brudermüller, “Schlüsselgewalt und Telefonsex”, *NJW*, ano 57.º, n.º 32, 2004, pp. 2267 e 2268, a propósito de uma conta telefónica de um dos cônjuges, realizada no lar familiar, para linhas eróticas. Sendo certo que o contrato de instalação telefónica visa a satisfação de necessidades da família, importará que a sua satisfação seja apropriada e não exorbitante (p. 2269).

⁴⁰⁹ Beitzke/Lüderitz, *ob. cit.*, pp. 90 e 91, e Lüderitz/Dethloff, *ob. cit.*, pp. 67 e 68, e Schwab, *ob. cit.*, pp. 81 e 82. O que não significa que certas despesas, ainda que excedam esse padrão habitual da vida familiar do casal, não possam incluir-se no § 1357.º se, por exemplo, forem necessárias e urgentes. Martin Lipp, *ob. cit.*, pp. 65 e 66, dá o exemplo de um tratamento médico caro e que excede a solvabilidade dos cônjuges (quimioterapia a um dos cônjuges).

⁴¹⁰ Para uma análise pormenorizada desses requisitos, v., MünchKomm - Wacke, § 1357 Rdn. 13-31, pp. 223-230. Como refere o mesmo autor, p. 232, o credor pode dirigir-se apenas contra um dos cônjuges, normalmente o seu parceiro negocial, e exigir o pagamento da totalidade da dívida.

À luz do nosso ordenamento jurídico, e sem prejuízo das restantes alíneas do art. 1691.º, n.º 1, os contratos de crédito e as vendas a prestações, não têm, como já referimos, regulamentação especial, não obstante a sua frequência. Mas, tal como no direito alemão, as dívidas daí decorrentes podem responsabilizar o património comum e ambos os cônjuges se se destinarem a satisfazer os encargos normais da vida familiar (art. 1691.º, n.º 1, al. b)), pautados pelo padrão de vida familiar estabelecido pelos cônjuges, pela necessidade da contracção da dívida para a satisfação dos referidos encargos e pela capacidade financeira do casal.

A propósito ainda da al. b) do n.º 1 do art. 1691.º, A. Lopes Cardoso analisou o problema da capacidade para tomar de arrendamento⁴¹³. No âmbito dos actos de

Obviamente que, no âmbito deste trabalho, apenas nos importa a análise do passivo. Porém, convém referir que tem sido discutida a produção de efeitos reais decorrentes do § 1357.º do BGB, ou seja, respondendo ambos os cônjuges por tais dívidas será justo que o bem assim adquirido pertença a ambos os cônjuges. O BGH tem, porém, posição diferente, defendendo a não produção de quaisquer efeitos reais por força do § 1357.º. Considera, porém, que os bens adquiridos nesses casos serão, se algo diferente não for especificado ou não resultar das circunstâncias, de ambos os cônjuges, dado que a intenção do cônjuge contraente será essa. Aliás, a questão da eventual produção de efeitos ao nível da titularidade dos bens tem sido discutida na jurisprudência alemã nos últimos anos (v., p. ex., Claus Dörr, “Die Entwicklung des Familienrechts seit Ende 1990”, *NJW*, ano 45.º, n.º 9, 1992, p. 535). V., entre outros, Dieter Giesen, *ob. cit.*, pp. 115 e 116, e Schwab, *ob. cit.*, pp. 87 e 88.

⁴¹¹ O § 1360.º do BGB, regendo a obrigação de alimentos entre cônjuges (*Verpflichtung zum Familienunterhalt*), determina que aqueles estão obrigados a contribuir para o sustento da família com o seu trabalho ou com o seu património, não tendo a obrigação de alimentos um carácter necessariamente pecuniário. Os tribunais retiram desta disposição a obrigação dos cônjuges em participar na actividade profissional do outro, sempre que esta constitua a fonte essencial dos rendimentos da família e que a não participação do cônjuge possa pôr em causa a subsistência da referida actividade. V., Frédérique Ferrand, *Droit privé allemand*, Paris, Dalloz, 1997, pp. 460-462. O § 1360.º, 2.ª parte, dispõe especificamente sobre o trabalho prestado o lar (v., o art. 1676.º, n.º 1, do nosso Cód. Civil). Para uma análise do dever previsto no § 1360.º do BGB (*Unterhaltspflicht*), v., Beitzke/Lüderitz., *ob. cit.*, pp. 84-89, e Lüderitz/Dethloff, *ob. cit.*, pp. 61-66.

⁴¹² A responsabilização de ambos os cônjuges pelas dívidas contraídas por um deles para a satisfação das necessidades do lar familiar ou de educação dos filhos está também presente nos ordenamentos de vários estados americanos, não obstante a vigência de uma separação de patrimónios entre os cônjuges (v. Mary Ann Glendon, *The Transformation of Family Law. State, Law, and Family in the United States and Western Europe*, Chicago/London, The University of Chicago Press, 1984, pp. 140 e 141). Nos Estados Unidos da América (E.U.A.), a existência de um dever de sustento dos cônjuges (normalmente, do marido de sustentar a mulher), implica que pelas dívidas contraídas por cada um deles (normalmente, pela mulher) para as necessidades normais de sustento responde também o outro cônjuge (o marido), mesmo que não tenha dado o seu consentimento e mesmo sem o seu conhecimento (v., John De Witt Gregory/Peter N. Swisher/Sheryl L. Scheible, *Understanding Family Law*, USA, Matthew Bender, 1993, pp. 65-71). Aquelas dívidas constituíam também uma excepção à regra geral da responsabilidade de cada cônjuge pelas dívidas que contraísse prevista no *Matrimonial Property Relations Bill* de 1969, em Israel (v., Uri Yadin, “The matrimonial partnership (*Matrimonial Property Relations Bill, 1969*)”, *Israel Law Review*, vol. 6, 1971, p. 108, nota 13). No direito inglês, as dívidas relativas ao sustento do lar só responsabilizam o cônjuge que as contraiu, mas se ambos surgirem como devedores (se ambos contrataram a prestação de serviços de gás, electricidade, água, etc.) a responsabilidade é solidária, podendo um dos cônjuges vir a responder pela totalidade da dívida. Mas mesmo em certas dívidas contraídas apenas por um dos cônjuges (como o fornecimento de electricidade, gás ou água) a responsabilidade não é apenas do contraente mas também do cliente, ou seja, qualquer pessoa a quem é fornecido o serviço, podendo o cônjuge incluir-se nesse conceito e, assim, responder também pela dívida (Gareth Schofield/Jonathan Middleton, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 5-10).

⁴¹³ A. Lopes Cardoso, *A Administração dos Bens...*, *cit.*, pp. 215-219.

administração praticados pelo cônjuge administrador, inclui-se não apenas o dar de locação mas também o tomar de locação. Não se trata do exercício de uma profissão de rendeiro de terras, mas as situações em que o cônjuge administrador arrenda uma casa para habitar com a família, ou arrenda um armazém para guardar os produtos que colheu, ou aluga uma máquina agrícola... Dentro do conceito amplo de administração dos bens do casal inclui-se tudo aquilo que, em cada momento, é útil para a família, inclusive contrair obrigações, entre as quais o tomar de arrendamento. Enquanto que para arrendar (dar de arrendamento) o cônjuge carece, excedendo os poderes de administração e sendo um acto de disposição, do consentimento do outro cônjuge (art. 1682.º-A), para tomar de arrendamento já não carece de tal consentimento. De facto, não há motivos para exigir esse consentimento, pois não funcionam agora os mesmos argumentos que fundamentam a limitação para dar de arrendamento: não fica onerado qualquer bem, mas apenas se contrai uma obrigação duradoura e nada há na lei que limite a celebração de outros contratos duradouros. Contratada dentro da administração dos bens do casal, a obrigação da renda responsabiliza ambos os cônjuges, já que será, em princípio, contraída em proveito comum do casal. Mas, mais que isso, tal dívida responsabiliza ambos os cônjuges por força da al. b) do n.º 1 do art. 1691.º, pois trata-se de uma dívida para ocorrer aos encargos da vida familiar, sem ser necessário que seja contraída pelo cônjuge administrador⁴¹⁴. Assim, entende o autor, ainda que chame a atenção para cada caso concreto, devendo o julgador analisar ponderadamente os factos, que o arrendamento, por necessidade, de uma habitação para o cônjuge separado de facto do outro (e o autor falava da mulher) morar, nomeadamente, com os seus filhos, também responsabiliza o outro (o marido) pelo pagamento da renda (acrescentando que tal só deveria acontecer, porém, nos casos em que a lei admitia que a mulher adoptasse residência própria que não a do marido – art. 1672.º do Cód. Civil de 1966). A solução apresentada ajustava-se à necessidade de protecção do cônjuge mais desfavorecido (normalmente, a mulher) que, em caso de separação de facto, e, muitas vezes, sem sustento e suporte económico próprio, não conseguia manter-se a si e, eventualmente, aos seus filhos.

Actualmente, dada a autonomia pessoal e patrimonial dos cônjuges, pode duvidar-se da responsabilidade comum dos cônjuges pela dívida da renda, no caso de separação de

⁴¹⁴ Tem sido discutido no ordenamento jurídico espanhol se um contrato de arrendamento de uma casa para férias ou uma viagem se inclui nessas necessidades ordinárias. Ora, entende-se que deverá em todo o caso, para essa aferição, atender-se ao padrão de vida familiar (aos usos e circunstâncias da família).

facto, pelo menos nos termos da al. b) do n.º 1 do art. 1691.º. Com efeito, a vida familiar como comunhão de vida não existe na separação de facto. Porém, a existência de uma família e as necessidades inerentes ao seu sustento mantêm-se. Por isso, será de manter essa responsabilidade comum, nos termos do art. 1691.º, n.º 1, al. b), mesmo havendo separação de facto. Aliás, essa responsabilização pelas dívidas para ocorrer aos encargos normais da vida familiar decorre da obrigação de assistência de ambos os cônjuges, prevista nos arts. 1675.º e 1676.º, que existe com o casamento. Ora, na separação de facto o casamento mantém-se.

Também se se tratar do pagamento de um empréstimo contraído por um dos cônjuges separado de facto do outro para adquirir uma casa onde passa a viver, se casados num dos regimes de comunhão, a dívida poderá ser comum, não só nos termos da referida al. b), mas para efeitos da al. c) do n.º 1 do art. 1691.º ou do art. 1694.º, o que se compreende dado o novo bem (a casa) ingressar no património comum do casal e ser objecto de partilha entre os dois cônjuges, salvo se os efeitos do divórcio, se e quando requerido, retroagirem à data em que cessou a coabitação e por culpa de um dos cônjuges (art. 1789.º, n.º 2).

2.2.3. Art. 1691.º, n.º 1, al. c), do Cód. Civil

Por seu lado, na al. c) do n.º 1 do art. 1691.º só cabem as dívidas contraídas na vigência do matrimónio. Quanto às dívidas anteriores à celebração do casamento, só no regime da comunhão geral podem ser comunicáveis, desde que contraídas em proveito comum do casal (art. 1691.º, n.º 2)⁴¹⁵. E compreende-se o critério da lei. Na comunhão geral são comuns todos os bens que cada um dos cônjuges leva para o casamento. Justo é, por conseguinte, que as dívidas contraídas por qualquer deles, em proveito comum do casal, não deixem de responsabilizar ambos, pelo facto de terem sido contraídas antes do casamento (se se comunicam os bens, também devem comunicar-se as dívidas anteriores, desde que contraídas em proveito comum)⁴¹⁶. Nos outros regimes de bens,

⁴¹⁵ De referir que no anteprojecto de Pires de Lima esta al. c) aparecia no texto da al. a). Foi Braga da Cruz, no seu anteprojecto, que as distinguiu, por abrangerem situações distintas – v., Braga da Cruz, “Capacidade patrimonial dos cônjuges...”, *loc. cit.*, pp. 388 e 389.

⁴¹⁶ A. Lopes Cardoso, “Alguns aspectos das dívidas do cônjuges...”, *loc. cit.*, p. 53, esclarece que a disposição quer referir-se às dívidas contraídas pelo noivo ou pela noiva tendo em vista o casamento e a formação do lar: despesas de mobiliário ou de decoração da futura casa, despesas com o enxoval, com as alianças ou com a boda que façam à custa própria, dívidas contraídas para custear as despesas com os “papéis”, etc.

sendo considerados próprios os bens que cada um leva para o casamento, razoável é que as dívidas contraídas por só um deles, antes do casamento, ainda que revertendo em proveito comum, responsabilizem apenas o cônjuge que as assumiu⁴¹⁷.

Podia até pretender-se que, comunicando-se todos os bens do devedor, no regime da comunhão geral, também deviam comunicar-se todas as dívidas e não apenas as que fossem contraídas em proveito comum do casal. O objectivo seria proteger os credores pessoais do devedor que, à partida, perdiam a garantia natural dos seus créditos ao verem os bens próprios do devedor transformar-se em bens comuns. Porém, estes credores não chegam a ser afectados, uma vez que, não havendo bens próprios, respondem os bens levados pelo cônjuge devedor para o casamento (art. 1696.º, n.º 2, al. a)) e, uma vez eliminada a moratória, os credores podem executar imediatamente a meação do devedor no património comum⁴¹⁸.

Este contraste entre a al. c) do n.º 1 e o n.º 2 só reforça o entendimento de que aquela al. c) se aplica a todos os regimes de bens, sem exceptuar o da separação⁴¹⁹.

A al. c) abrange também apenas as dívidas contraídas pelo cônjuge administrador (e não, como nas alíneas anteriores, por qualquer dos cônjuges), cujos poderes resultam do art. 1678.^{o420}. Assim, para que a dívida responsabilize ambos os cônjuges, é necessário

⁴¹⁷ Aliás, outra não era a orientação já consagrada no art. 1110.º, § 2.º, do Cód. Civil de 1867, apesar da tendência generalizada para se considerarem aplicáveis ao passivo da comunhão de adquiridos as regras ditadas para o passivo da comunhão geral. Com efeito, enquanto o § 2.º do referido art. 1110.º considerava expressamente comunicáveis, no regime da comunhão geral, as dívidas anteriores ao matrimónio, que tivessem sido aplicadas em proveito comum dos cônjuges, o art. 1133.º do mesmo código parecia classificar como incomunicáveis, no regime de comunhão de adquiridos, as dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges anteriormente à celebração do casamento. Idêntica solução de incomunicabilidade se extraía do § 1.º do art. 1129.º do código citado relativamente às dívidas anteriores no regime de separação de bens.

Como refere A. Lopes Cardoso, “Alguns aspectos das dívidas do cônjuges...”, *loc. cit.*, pp. 54 e 55, as dívidas anteriores ao casamento, no regime de comunhão de adquiridos, mesmo quando contraídas em proveito comum do futuro casal, não são comunicáveis, quer porque a regra do n.º 2 do art. 1691.º se comporta como excepção ao disposto na al. c) do n.º 1, e, portanto, insusceptível de aplicação analógica, quer porque no referido regime essas despesas se destinam, normalmente, à aquisição de bens próprios (art. 1722.º, n.º 1, al. a)). E no regime de separação de bens não há proveito comum que legitime a comunicabilidade das dívidas contraídas antes do casamento (art. 1735.º).

⁴¹⁸ Seguimos aqui o entendimento de Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 457 e 458.

⁴¹⁹ V., *supra*, pp. 98 e segs., a problemática surgida a este respeito, a propósito do regime vigente no Cód. de Seabra. Cfr. também os acs. do STJ, de 10.04.1973 (*Revista dos Tribunais*, ano 91.º, 1973, p. 180); e de 11.10.1979 (*BMJ*, n.º 290.º, 1979, p. 410); da RP, de 26.01.1978 (*Col. Jurisp.*, tomo I, 1978, p. 151); e de 27.03.1990 (*BMJ*, n.º 395.º, 1990, p. 672); e da RC, de 05.02.1980 (*loc. cit.*). Repare-se que no Anteprojecto de Pires de Lima, “Anteprojecto...”, *loc. cit.*, p. 20, no art. 12.º, referia-se expressamente, na sequência do entendimento do próprio autor referido *infra*, p. 224, nota 581, que não era solidária a responsabilidade dos cônjuges no regime de separação de bens.

⁴²⁰ Por isso, Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 450 e 451, referem que não preenche este requisito a dívida contraída pelo marido com a intenção de pagar a construção de um muro numa propriedade da mulher, de que ela é a administradora.

que ela tenha sido contraída pelo cônjuge administrador dentro dos limites dos seus poderes de administração. Devemos, portanto, trazer aqui à colação o disposto no art. 1678.º, relativamente à administração dos bens do casal.

O cônjuge administrador pode, assim, responsabilizar o outro cônjuge pelas dívidas que contraiu, desde que se verifiquem os requisitos prescritos na lei: a observância dos limites próprios dos poderes do administrador e o proveito comum do casal. Tanto um como o outro dos requisitos têm levantado dúvidas na sua interpretação e aplicação prática⁴²¹.

Quanto aos “limites dos seus poderes de administração”, importa referir que os poderes de administração dentro do casamento são mais amplos do que os vulgares poderes dos administradores de bens alheios. O cônjuge administrador tem, efectivamente, poderes muito amplos, limitados apenas pela necessidade de, para a prática de certos actos, pedir consentimento ao outro, sob pena de ilegitimidade⁴²².

De facto, os poderes de administração do cônjuge são muito mais amplos que os vulgares poderes de um administrador. No conceito amplo de administração do cônjuge cabem todos os actos de gestão patrimonial para cuja prática ele não careça do consentimento do outro. Exclui-se, assim, a alienação de móveis pertencentes exclusivamente ao cônjuge que os não administra, salvo tratando-se de actos de vulgar

De chamar a atenção para o facto de a actuação do cônjuge ao abrigo do art. 1679.º não lhe conferir poderes administrativos, pelo que não pode assumir-se como cônjuge administrador para efeitos da al. c) do n.º 1 do art. 1691.º. Por isso, não compreendemos a remissão feita por Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 450, para o art. 1679.º no âmbito desta al. c).

⁴²¹ Cfr., sobre a questão do proveito comum na nossa jurisprudência, entre outros, os ac. do STJ, de 22.06.1977 (*BMJ*, n.º 268.º, 1977, p. 233); de 20.12.1977 (*BMJ*, n.º 272.º, 1978, p. 205); de 11.10.1979 (*loc. cit.*); de 10.01.1980 (*loc. cit.*); de 16.05.1991 (*BMJ*, n.º 407.º, 1991, p. 420); de 11.06.1991 (*BMJ*, n.º 408.º, 1991, p. 507); de 01.07.1993 (*Col. Jurisp. (STJ)*, tomo II, 1993, p. 178); e de 22.02.1994 (*Col. Jurisp. (STJ)*, tomo I, 1994, p. 119); da RL, de 04.05.1977 (*Col. Jurisp.*, tomo III, 1977, p. 585); de 07.12.1977 (*BMJ*, n.º 274.º, 1978, p. 308); de 05.07.1978 (*BMJ*, n.º 278.º, 1978, p. 299); de 09.02.1979 (*BMJ*, n.º 286.º, 1979, p. 296); de 16.02.1979 (*BMJ*, n.º 286.º, 1979, p. 296); de 24.06.1999 (*loc. cit.*); e de 13.01.2000 (*loc. cit.*); da RP, de 26.01.1978 (*loc. cit.*); de 27.03.1990 (*loc. cit.*); e de 07.12.1999 (<http://www.dgsi.pt>); da RC, de 15.05.1990 (*Col. Jurisp.*, tomo III, 1990, p. 47); e de 25.05.1999 (*Col. Jurisp.*, tomo III, 1999, p. 34); e da RE, de 28.02.1978 (*Col. Jurisp.*, tomo II, 1978, p. 521); de 13.04.1978 (*Col. Jurisp.*, tomo III, 1978, p. 1050); e de 20.12.1979 (*BMJ*, n.º 295.º, 1978, p. 481).

⁴²² V., Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 451, onde acrescentam que excede os seus poderes o cônjuge que contrai uma dívida com o propósito de subscrever novas acções, reservadas a accionistas, quando as acções anteriores são um bem comum, administrado por ambos os cônjuges.

Como referem Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil...*, *cit.*, pp. 334 e 335, as despesas pagas pela mulher com a leccionação ou o tratamento dos filhos serão de responsabilidade comum, porque cabem no círculo dos actos de administração ordinária, ao alcance de qualquer dos cônjuges. Mas a dívida já será da responsabilidade exclusiva do devedor se ultrapassar nos gastos os usos e a condição dos cônjuges (p. ex., a dívida contraída por uma mulher pobre com a compra de um casaco de peles ou um colar de pérolas, em termos que manifestamente exorbitem as suas possibilidades económicas). De igual modo, se a mulher tiver passado procuração ao marido para administrar os seus bens próprios, ou o marido tiver alguns bens que lhe tenham sido doados com exclusão da administração da mulher, as dívidas por ele contraídas serão da responsabilidade comum se visarem a conservação ou melhoria desses bens ou a simples percepção dos seus rendimentos. Caso contrário, serão da sua exclusiva responsabilidade.

administração (art. 1682.º, n.º 3, al. a)), a alienação de móveis próprios ou comuns, utilizados conjuntamente pelos cônjuges na vida do lar ou como instrumento comum de trabalho (art. 1682.º, n.º 3, al. b)), a alienação ou oneração de imóveis, próprios ou comuns, salvo no regime de separação de bens (art. 1682.º-A), o repúdio de herança ou legado, salvo no regime de separação (art. 1683.º, n.º 2)⁴²³.

O conceito de administração dos bens do casal ultrapassa a velha distinção entre actos de administração, ou de mera administração, e os outros actos (como são os de disposição)⁴²⁴. Na administração conjugal e, logo, nos seus limites contém-se todos os actos que o cônjuge administrador pode praticar sem a intervenção ou consentimento do outro. Pode, assim, acontecer que, ao administrar bens próprios, o seu titular pode contrair dívidas para além da administração ordinária desses bens sem que se possa dizer que excedem os limites dos seus poderes de administração (p. ex., se em prédio rústico constrói uma casa, para a qual obtém um empréstimo titulado por uma livrança

⁴²³ A. Lopes Cardoso, “Alguns aspectos das dívidas do cônjuges... *loc. cit.*, p. 60 e nota 24.

⁴²⁴ V., sobre a distinção entre actos de administração ordinária e actos de administração extraordinária, Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica, cit.*, pp. 61-64, Mota Pinto, *ob. cit.*, pp. 406-411, Antunes Varela, *ob. cit.*, p. 381, e Heinrich Ewald Hörster, *ob. cit.*, p. 431. Entende-se, em geral, que os actos de administração ordinária são aqueles que se destinam a prover à conservação dos bens ou a promover a sua frutificação normal, enquanto os actos de administração extraordinária visam promover a frutificação anormal dos bens ou a realização de benfeitorias ou melhoramentos nos bens. Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, *cit.*, vol. VI, p. 432, entende que, em regra, a administração compreende todos os actos que não sejam alienar ou onerar os bens do casal e instaurar acções persecutórias. Porém, há vendas que são actos de administração (p. ex., as dos frutos, das crias dos rebanhos, das colheitas, etc.) e há actos de administração que são alienações de direitos (como certos arrendamentos). Assim, o acto de administração será todo o acto destinado a conservar e valorizar de modo normal os bens, sem lhes comprometer a existência, nem alterar a composição, e o acto de disposição é o acto que produz a diminuição do património, ou a valorização deste de modo anormal, compromete a sua existência ou modifica a sua composição.

Ainda que haja autores (p. ex., Mota Pinto, *ob. cit.*, p. 406) que opõem à categoria dos actos de mera administração a dos actos de disposição, é geralmente aceite que os actos de disposição não coincidem com os actos de administração extraordinária e que, conforme os casos, podem até ser qualificados como actos de administração ordinária.

Sobre a adequação desta distinção com as alterações verificadas na alteração dos patrimónios e com os princípios inspiradores da administração do património comum do casal e à própria função deste património, v., M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, “Reflexões sobre a posição do cônjuge meeiro em sociedades por quotas”, Separata do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ano XXXVIII, Coimbra, 1993, pp. 101 e segs. Refere a autora que a distinção entre actos de administração ordinária e extraordinária deve harmonizar-se com o fim da igualdade efectiva entre os cônjuges e com a função do património comum. Assim, serão actos de administração ordinária (que cada um dos cônjuges pode praticar isoladamente) aqueles que “atendam às necessidades ordinárias e quotidianas da família e que não comportem decisões de fundo, susceptíveis de impedir ou condicionar a direcção conjunta da família”. Já será acto de administração extraordinária aquele que implique uma alteração da composição que o património tinha no momento em que a administração se iniciou. Neste sentido, v. também, C. M. Bianca, *Diritto civile. La famiglia. Le successioni*, vol. II, 2.ª ed., Milano, Giuffrè Editore, 1989, p. 85. A. Galasso, *ob. cit.*, p. 305, considera que deve ainda atender-se à satisfação das necessidades da vida familiar para determinar se o acto é de administração ordinária (visa tal satisfação) ou de administração extraordinária. De Paola/Macri, *ob. cit.*, pp. 155 e 168, consideram que são actos de administração ordinária os actos de condução e gestão normal da vida familiar e que são actos de administração extraordinária os que impliquem decisões de fundo e que condicionam a direcção da vida familiar (p. ex., os actos em relação à casa de morada da família, como o seu arrendamento).

num Banco, o outro cônjuge também será responsável, desde que haja, como parece ser o caso, proveito comum do casal). Pelo contrário, se um acto semelhante fosse praticado relativamente a bens comuns, ele excedia o conceito de acto de administração ordinária e, por isso, fora dos limites dos poderes da administração do cônjuge administrador⁴²⁵.

A al. b) do art. 186.º do Cód. Civil italiano refere também a responsabilidade dos bens comuns por todos os encargos de administração, ou seja, pelas dívidas contraídas por um dos cônjuges no âmbito da administração dos bens comuns (p. ex., relativas à sua manutenção, o pagamento do condomínio (que pode também constituir uma obrigação *propter rem*, a incluir na al. a))⁴²⁶, as dívidas relativas ao pagamento de bens necessários ao uso de bens comuns (como o combustível ou electricidade para a empresa familiar), dívidas relativas a prémios de seguro de bens comuns, as dívidas fiscais que oneram imóveis comuns...). Muitas destas dívidas são também obrigações contraídas para o sustento da família, podendo, por isso, integrar também a al. c) do art. 186.º (bem como, se for o caso, a al. a) do mesmo artigo). Repare-se que os actos de administração extraordinária só responsabilizam a comunhão se realizados com o consentimento de ambos os cônjuges (arts. 180.º, 2.º, 186.º, al. d), e 189.º, 1.º, do Cód. Civil italiano)⁴²⁷, o que também acontece no nosso ordenamento jurídico, como referimos.

⁴²⁵ V., A. Lopes Cardoso, *A Administração dos Bens...*, cit., pp. 118 e segs., “Alguns aspectos das dívidas dos cônjuges...”, *loc. cit.*, pp. 59 e segs., e “Da responsabilidade dos cônjuges por dívidas comerciais”, in AAVV, *Temas de Direito da Família*, Ciclo de Conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Coimbra, Almedina, 1986, pp. 187 e 188. No entendimento do autor, torna-se actualmente particularmente difícil conceber uma administração ampla em cujo plano caiba a contracção de dívidas, sobretudo quando estas implicam a aquisição de bens. O facto desses bens se tornarem comuns dos cônjuges demonstra que a dívida foi contraída em proveito do casal, mas não que a dívida tenha sido contraída dentro dos limites dos poderes de administração de quem a fez.

V. também, M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, “Acção cambiária...”, *loc. cit.*, pp. 249 e 250, onde refere, a propósito de um pedido de empréstimo, a necessidade de aferir se tal pedido se poderia considerar um acto de administração ordinária, pois, só nessa hipótese, constituiria uma dívida contraída nos limites dos poderes de administração do cônjuge. Assim, seria preciso alegar e provar quais os fins da aplicação do dinheiro emprestado. “Ou seja: mesmo que o réu tivesse manifestado expressamente a sua intenção ao contrair a dívida; mesmo que tivesse sido possível averiguar o destino efectivo do dinheiro obtido pelo empréstimo; e ainda que esse destino pudesse justificar o preenchimento do conceito de “proveito comum”, seria, além disso, necessário determinar se se tratou ou não de um acto de administração ordinária”. De facto, podem verificar-se situações em que uma dívida tenha efectivamente sido contraída em proveito comum do casal, mas exceda os poderes de administração do cônjuge devedor e, por isso, será da sua exclusiva responsabilidade. Será o caso, p. ex., de uma dívida que ultrapasse os “usos e a condição dos cônjuges”. É o que acontece com a dívida contraída pela mulher para pagar as despesas da festa de aniversário oferecida ao marido em termos que manifestamente excedam as suas possibilidades económicas (Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil...*, cit., p. 335).

⁴²⁶ Ugo Minneci, *ob. e loc. cit.*, p. 351.

⁴²⁷ A. Finocchiaro/M. Finocchiaro, *Diritto di famiglia...*, cit., pp. 1101 e 1102, Enrico Quadri, “Obblighi gravanti sui beni...”, *ob. e loc. cit.*, p. 769, Mastropaolo/Pitter, *ob. e loc. cit.*, p. 239, De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia...*, cit., p. 609, e *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato...*, cit., pp. 693 e 694, Gabrielli/Cubeddu, *ob. cit.*, p. 161, e Patrizia di Martino, *ob. e loc. cit.*, p. 215.

Discute-se na doutrina italiana se os bens comuns também respondem pelas dívidas contraídas no interesse da família, mas que constituam um acto de administração extraordinária praticado por um dos cônjuges sem o consentimento do outro (que implicaria, à partida, apenas responsabilidade pessoal do cônjuge que contraiu a dívida – art. 189.º, 1.º, do Cód. Civil italiano). De acordo com a opinião dominante⁴²⁸ a regra do art. 186.º, al. c), do Cód. Civil italiano, constitui um regime especial face à norma do art. 189.º, 1.º, do mesmo código. Ou seja, um acto praticado por um só dos cônjuges que exceda a administração ordinária só responsabiliza os bens próprios do cônjuge devedor e os bens comuns só respondem na medida da sua meação. Porém, se esse acto foi no interesse da família, então respondem todos os bens comuns (art. 186.º, al. c), do Cód. Civil italiano). Em sentido contrário pronunciam-se outros autores⁴²⁹ para quem a lei prevê expressamente a hipótese de um acto de administração extraordinária praticado por um só dos cônjuges ter sido no interesse da família. De facto, o art. 192.º do Cód. Civil italiano prevê uma compensação ao cônjuge que pagou uma dívida para satisfazer interesses familiares com os seus bens próprios. Ou seja, a dívida permanece própria, não constituindo qualquer excepção ao art. 189.º, 1.º, do Cód. Civil italiano, e só havendo uma compensação ao cônjuge que pagou. Além disso, se se admitisse a responsabilidade dos bens comuns, afectar-se-ia o disposto no art. 181.º do Cód. Civil italiano, que impõe ao cônjuge, no caso de recusa em prestar o consentimento do outro, uma autorização judicial para a prática do acto de administração extraordinária no

De acordo com a decisão da *Corte di Cassazione*, sez. II, de 28 de Janeiro de 1995 (*Giust. Civ.*, 1995, p. 1520), o facto de o art. 186.º, al. b), do Cód. Civil italiano, prever a responsabilidade dos bens comuns, não afasta a possibilidade de o cônjuge que contraiu a dívida (o pagamento de um débito de condomínio), tratando-se de acto de administração ordinária (art. 180.º do Cód. Civil italiano), responder integralmente por tal dívida, prevalecendo o disposto nos arts. 1372.º, 2.º, e 2740.º sobre os arts. 186.º e 190.º, todos do Cód. Civil italiano.

⁴²⁸ V., G. Oppo, "Responsabilità patrimoniale...", *loc. cit.*, p. 115, Salvestroni, "Comunione legale...", *loc. cit.*, p. 189, Corsi, *ob. cit.*, p. 160, Pasquale Stanzone, "Comunione legale tra coniugi e responsabilità per le obbligazioni assunte", *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, ano XIII, n.º 4, 1984, p. 1098, M. Gionfrida Daino, *ob. cit.*, p. 43, Patrizia di Martino, *ob. e loc. cit.*, pp. 225 e 226, e F. Galgano, *ob. cit.*, p. 117. Por seu lado, A. Galasso, *ob. cit.*, p. 405 e p. 427, refere que ficam fora da solidariedade, prevista na al. c) do art. 186.º, os actos de administração ordinária que sejam estranhos ao interesse da família, mas podem integrar uma dívida pela qual respondem os bens comuns os actos de administração extraordinária praticados por um dos cônjuges, no interesse da família, se o cônjuge que não deu o seu consentimento não vier impugnar o mesmo no prazo previsto no art. 184.º, 2.º, do Cód. Civil italiano.

⁴²⁹ A. Falzea, "Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia", *Rivista di Diritto Civile*, ano XXIII, I, 1977, p. 630, De Paola/A. Macri, *ob. cit.*, pp. 193 e 194, Santosuosso, *Commentario del Codice Civile. Delle persone e della famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia*, *cit.*, p. 277, e *Beni ed attività economica...*, *cit.*, pp. 164 e 165, De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia...*, *cit.*, pp. 612 e 613, e *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato...*, *cit.*, pp. 696 e 697, L. Barbiera, *ob. e loc. cit.*, p. 559, e Gabrielli/Cubeddu, *ob. cit.*, p. 161.

interesse da família⁴³⁰. Esta última posição é a que também decorre do nosso ordenamento jurídico. De facto, mesmo que contraída em proveito comum do casal, a dívida de um cônjuge só responsabiliza o património comum, para efeitos da al. c) do n.º 1 do art. 1691.º, se o cônjuge que a contraiu era o administrador e se dentro dos seus poderes administrativos. Podemos, assim, dizer que a delimitação efectuada no ordenamento jurídico italiano entre actos de administração ordinária e actos de administração extraordinária para efeitos de responsabilidade por dívidas, traduz-se nesta limitação prevista na al. c) do n.º 1 do art. 1691º do Cód. Civil português de a dívida ser contraída nos limites dos poderes administrativos. Ou seja, as dívidas contraídas pelo cônjuge administrador que excedam os seus poderes administrativos (excedam os limites da administração ordinária, consubstanciando actos de administração extraordinária) apenas o responsabilizam a ele (salvo se o outro deu o seu consentimento, pois aí a dívida será comum por força da al. a) do mesmo n.º 1). Ora, se para a prática de actos de administração extraordinária sobre bens comuns⁴³¹ cada um dos cônjuges carece do consentimento do outro (art. 1678º, n.º 3, 2.ª parte), não teria sentido que um dos cônjuges pudesse responsabilizar os bens comuns e até o outro cônjuge contraindo dívidas que integrariam a previsão legal da al. c) do n.º 1 do art. 1691º. Daí a limitação ao âmbito dos poderes administrativos do cônjuge administrador. Articula-se, assim, o regime de administração e disposição dos bens do casal com o regime da responsabilidade por dívidas contraídas no decurso dessa administração.

Refere também o art. 1362.º do Cód. Civil espanhol, como dívidas da comunhão, as relativas à administração ordinária dos bens próprios de qualquer um dos cônjuges (§ 3.º)⁴³². Apesar do conceito não ser sempre seguro, deve entender-se como de administração ordinária a dívida relativa aos gastos com a conservação e exploração dos bens próprios e todos os necessários à frutificação dos bens. Pode ainda incluir-se no

⁴³⁰ Defendendo a posição contrária, L. Brusuglia, *ob. e loc. cit.*, p. 333, refere que, a ser assim, dar-se-ia uma injustificada disparidade de tratamento entre credores para salvaguarda das regras da administração entre os cônjuges. Também M. Verzera, *ob. e loc. cit.*, pp. 619 e 620, entende que as regras da responsabilidade pelas dívidas contraídas não devem confundir-se com as relações interconjugais quanto à necessidade do consentimento para a prática de certos actos.

⁴³¹ E o mesmo se diga quanto aos bens próprios cujos actos de administração extraordinária, como os actos de disposição (que não se assumam como actos de administração ordinária), careçam do consentimento do outro cônjuge (v., os arts. 1682.º e 1682.º-A).

⁴³² Em justa correspondência ao facto de os frutos e rendimentos dos bens próprios serem comuns (art. 1347.º, 2.º, do Cód. Civil espanhol).

preceito em causa a mão de obra de cultivo, insecticidas..., mas não as despesas extraordinárias, como transformações operadas nos terrenos (*de secado en regadío*)⁴³³.

As dívidas contraídas por um dos cônjuges no exercício da administração ou de disposição de bens comuns⁴³⁴, que por lei ou convenção lhe caibam, responsabilizam também os bens comuns, nos termos do art. 1369.º do Cód. Civil espanhol, apesar de não constarem do elenco do art. 1362.º, dado que o cônjuge que os administra, e que responde pela dívida, actua em favor da comunhão. Convém referir que, apesar da lei só falar de actos de administração e disposição que, por lei ou convenção, caibam ao cônjuge que os pratica⁴³⁵, se se tratar de um acto de administração ou disposição fora dessas circunstâncias, e que, por isso, careceria do consentimento de ambos, nos termos

⁴³³ Tomás Giménez Duart, “Cargas y obligaciones...”, *loc. cit.*, p. 543. São actos de administração ordinária os que visam a conservação, uso e melhoramento dos bens, assim como a aplicação dos seus rendimentos. Os actos de administração extraordinária são os que diminuem a substância ou entidade económica do bem, bem como toda a forma de alienação, constituição de direitos reais, etc. O art. 1362.º, 3.º, do Cód. Civil espanhol, abrange apenas os gastos necessários (indispensáveis para a conservação do bem) e já não, por não serem um encargo definitivo da comunhão (art. 1359.º, 2.º, do Cód. Civil espanhol), os gastos ou melhoramentos úteis (que visam o aumento da rentabilidade do bem e, conseqüentemente, do seu valor). V., Abelló Margalef, “Notas sobre las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales”, *Revista de Derecho Privado*, 1982, p. 806.

Yolanda Bustos Moreno, *ob. cit.*, pp. 262-265, e F. J. Gardeazábal del Río, *ob. e loc. cit.*, pp. 143 e 144, encontram o critério de distinção entre os gastos de administração ordinária e os que a excedem no art. 500.º do Cód. Civil espanhol, em sede de usufruto. Assim, a comunhão deve suportar os gastos do usufrutuário em relação aos bens próprios, como as reparações ordinárias que necessitem os bens com usufruto, ou seja, as necessárias para assegurar a não deterioração do bem decorrente do seu uso normal, e indispensáveis para a sua conservação (art. 500.º). O património comum deve ainda suportar o pagamento dos encargos e contribuições anuais e os encargos relativos aos frutos (art. 504.º do Cód. Civil espanhol). Pelo contrário, serão da responsabilidade do cônjuge titular as despesas extraordinárias, como as contribuições que incidam directamente sobre o capital (arts. 501.º e 505.º do Cód. Civil espanhol). Porém, Yolanda Bustos Moreno, *ibidem*, considera que os gastos extraordinários que redundem em benefício da comunhão devem por esta ser suportados.

⁴³⁴ O art. 1365.º do Cód. Civil espanhol não fala de dívidas resultantes de aquisição de bens comuns, reguladas no art. 1362.º, 2.º, do mesmo código. O que conduzirá a que por tal dívida o património comum responde a título definitivo mas não responde directamente face aos credores - M. A. Rueda Pérez/J. M. Rueda Pérez, *loc. cit.*, p. 577, e María Jesús Monfort Ferrero, *ob. cit.*, pp. 84 e 85. Entendem, de facto, alguns autores, que o património comum pode ser responsável a título definitivo por certas dívidas, mas podem os credores não o poder directamente executar se não estão previstas nos arts. 1365.º e 1366.º a 1368.º do Cód. Civil espanhol. Determinando o art. 1365.º do Cód. Civil espanhol as dívidas pelas quais os credores podem executar imediatamente o património comum, significaria que as que aí não estão previstas, ainda que a título definitivo sejam um encargo da comunhão (art. 1362.º), não poderiam ser pagas de imediato sobre os bens comuns.

Defende, porém, a maioria dos autores que não teria sentido que uma dívida que responsabiliza a título definitivo o património comum não possa imediatamente ser paga com os bens comuns - v., p. ex., J. Fernández Villa, *loc. cit.*, pp. 725-728, e Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida, *et alii*, *ob. cit.*, p. 211. Pode assim dizer-se que toda a dívida que seja um encargo definitivo da comunhão constitui também uma dívida externamente comum. Mas, nem todas as dívidas que podem ser pagas directamente sobre os bens comuns ficam definitivamente a cargo do património comum. Por isso, o âmbito das dívidas externamente comuns é mais amplo que o das dívidas definitivamente a cargo do património comum (M.ª Amalia Blandino Garrido, *ob. cit.*, pp. 78-80). E a jurisprudência espanhola aponta no mesmo sentido.

⁴³⁵ María Jesús Monfort Ferrero, *ob. cit.*, p. 107, entende que a expressão “que por lei ou convenção lhe corresponda” não se aplica apenas à gestão ou disposição de bens mas também ao exercício da *potestad doméstica*, em ligação com o disposto no art. 1319.º do Cód. Civil espanhol. Contra, por entenderem que o poder doméstico não pode ser alterado por convenção, M. A. Rueda Pérez/J. M. Rueda Pérez, *loc. cit.*, p. 575.

dos arts. 1376.º e 1377.º do Cód. Civil espanhol, o acto será válido se não impugnado (art. 1322.º do Cód. Civil espanhol) pelo que, nesse caso, será também uma dívida comum, sujeita ao art. 1369.º do Cód. Civil espanhol⁴³⁶.

Quanto às dívidas previstas no § 2.º do art. 1365.º do Cód. Civil espanhol, há uma correspondência com as dívidas que, a título definitivo, recaem sobre a comunhão (art. 1362.º, 3.º e 4.º, do Cód. Civil espanhol)⁴³⁷. Trata-se de actos de administração ordinária o que, por isso, não inclui os actos de transformação dos bens⁴³⁸.

No direito alemão, a primeira excepção à regra geral de que o património comum é responsável pelas dívidas contraídas pelos cônjuges apresenta-a os §§ 1438.º e 1460.º do BGB. O património comum só responde pelas dívidas decorrentes de actos jurídicos celebrados durante a vigência da comunhão se realizados pelo cônjuge administrador, ou por ambos no caso de administração conjunta, ou se aquele, ou o outro cônjuge na administração conjunta, neles consentiu (ou se se obteve o respectivo suprimento judicial, nos termos dos §§ 1430.º e 1452.º do BGB)⁴³⁹ ou se o negócio celebrado vincula o património comum sem necessidade do seu consentimento⁴⁴⁰ (§§ 1438.º e 1460.º - *Haftung des Gesamtguts*).

⁴³⁶ María Jesús Monfort Ferrero, *ob. cit.*, p. 105, e L. Díez-Picazo/A. Gullón, *ob. cit.*, p. 177.

Ao falar de administração que caiba a um dos cônjuges, a lei reporta-se às situações em que o cônjuge tenha efectuado adiantamentos de valores comuns para certas finalidades (art. 1382.º do Cód. Civil espanhol), administre os bens comuns que estejam em seu nome ou estejam em seu poder (art. 1384.º do Cód. Civil espanhol), exerça direitos de crédito que estejam constituídos em seu nome (art. 1385.º do Cód. Civil espanhol), disponha de dinheiro ou de outros valores ou realize gastos urgentes de carácter necessário (art. 1386.º do Cód. Civil espanhol) ou ainda aos casos previstos nos arts. 1387.º a 1389.º do Cód. Civil espanhol. Todas estas situações constituem excepções ao princípio da administração conjunta dos bens comuns. V., Lledó Yagüe, *et alii*, *ob. cit.*, p. 246, e Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 202 e 203.

J. Fernández Villa, *loc. cit.*, p. 691, afirma mesmo que a dívida contraída por um dos cônjuges que exceda o exercício da gestão ou disposição dos bens comuns que por lei ou convenção lhe caiba (caso contrário, tratar-se-ia de uma dívida abrangida pelo art. 1365.º, 1.º, do Cód. Civil espanhol, e, assim, de responsabilidade directa dos bens comuns), e se essa actuação não for anulada pelo seu cônjuge, é uma dívida que integra o passivo definitivo da comunhão, respondendo por ela os bens previstos no art. 1369.º do Cód. Civil espanhol.

⁴³⁷ Como referem Lledó Yagüe, *et alii*, *ob. cit.*, p. 246, há aqui uma identidade quanto à responsabilidade interna e externa dos bens comuns pela dívida. E entendem os autores que o mesmo acontece em relação ao art. 1366.º do Cód. Civil espanhol. V. também, A. Ocaña Rodríguez, *ob. cit.*, pp. 37-40, e J. González García, “Régimen económico de gananciales (I)”, in AAVV, *Curso de Derecho Civil. Derechos de Familia y Sucesiones*, sob a direcção de Francisco Javier Sánchez Calero, Valencia, Tirant lo blanch, 2004, p. 208.

⁴³⁸ Quanto aos melhoramentos efectuados nos bens, Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida, *et alii*, *ob. cit.*, p. 203, consideram que devem considerar-se como de administração ordinária os que se destinem a aumentar os rendimentos dos bens, ainda que este aumente o seu valor, e como actos de administração extraordinária, e, por isso, a cargo do cônjuge titular do bem, os gastos que tenham por finalidade o aumento do valor intrínseco do bem.

⁴³⁹ Quanto à necessidade do consentimento e seu suprimento, v., Rüdiger Behmer, “Ist die Gütergemeinschaft als Wahlgüterstand “obsolet”?”, *FamRZ*, ano 35.º, n.º 4, 1988, pp. 344 e 345.

⁴⁴⁰ O negócio produz efeitos face à comunhão de acordo com o disposto nos §§ 1429.º, 1431.º, 1432.º, 1434.º, 1454.º, 1455.º, 1456.º e 1357.º do BGB.

Por outro lado, questionava-se, como vimos, no domínio do Cód. de Seabra, se a aplicação da dívida em proveito comum do casal, a que aludia o § 2.º do art. 1114.º do referido código, visava os resultados efectivos da contracção da dívida ou se se contentava com os fins determinantes da operação. O Cód. Civil de 1966 seguiu esta última posição, já sustentada no direito anterior, pondo de lado a expressão equívoca “dívidas *aplicadas* em proveito comum dos cônjuges”⁴⁴¹, que o velho código usava, para adoptar a expressão “dívidas *contraídas* em proveito comum do casal”. O cônjuge administrador, ao contrair a dívida, deverá ter agido com vista a um fim comum (ainda que desastrosamente!) e não com vista à satisfação de um interesse exclusivamente seu.

No direito italiano, para a aferição, no caso concreto, do interesse da família, para efeitos do art. 186.º, al. c), do Cód. Civil italiano, parte da doutrina entende que deve fazer-se, pautado pela valoração social normal, um juízo de prognose prévia, evitando que o terceiro credor tenha depois o ónus da prova desse interesse ou do resultado vantajoso para a família. Outros sustentam que o interesse da família pode relevar num momento ulterior ao da contracção da dívida, já que na contracção o que existe é um interesse individual. A existência de um interesse da família implica aumentar a responsabilidade pessoal do cônjuge que contraiu a dívida e para isso importa analisar se, de facto, esse interesse existe e não considerá-lo assumido abstractamente pelo cônjuge. A primeira posição é, em geral, defendida por aqueles que defendem a solidariedade das dívidas contraídas no interesse da família, qualquer que seja o regime de bens⁴⁴². A segunda visa sobretudo proteger o interesse da família e do outro cônjuge, ainda que ambígua para o credor⁴⁴³.

Discutia-se também entre nós se o proveito comum do casal, capaz de justificar a responsabilidade de ambos os cônjuges, deveria resultar imediatamente do acto constitutivo da dívida ou poderia ser apenas um efeito indirecto, mediato ou até remoto desse acto. Vimos que, à luz do Cód. de Seabra, o entendimento de parte da doutrina já

⁴⁴¹ V., Manuel Salvador, *Estudos...*, cit., pp. 66 e 67.

⁴⁴² Enrico Quadri, “Obblighi gravanti sui beni...”, *ob. e loc. cit.*, pp. 773 e 774, De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia...*, cit., p. 611, e *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato...*, cit., p. 696, Patrizia di Martino, *ob. e loc. cit.*, p. 227, Ugo Minneci, *ob. e loc. cit.*, p. 360, e A. Galasso, *ob. cit.*, p. 407.

⁴⁴³ É defendida, p. ex., por Schlesinger, “Il regime patrimoniale della famiglia”, in AAVV, *Il nuovo Diritto di Famiglia*, sob a direcção de Claudio Delitala/Guilia Minoli, Milano, Giuffrè Editore, 1976, p. 75, L. Brusciuglia, *ob. e loc. cit.*, pp. 331 e 332, e M. Verzera, *ob. e loc. cit.*, p. 618. Pasquale Stanzone, “Obbligazione contratta dal coniugi separatamente su bene proprio – destinazione del bene ai bisogni della famiglia – responsabilità della comunione”, in AAVV, *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia (discusse da vari giuristi e dedicate ad Alberto Trabucchi)*, Padova, Cedam, 1989, p. 284, e “Comunione legale tra coniugi...”, *loc. cit.*, apresenta uma solução intermédia, que conjuga o intuito inicial de fim no interesse da família com a verificação da sua efectiva utilização.

no sentido de ser essencial que a expectativa de benefício resultasse da própria constituição da dívida e não dos seus efeitos mediatos ou reflexos. À sombra desse entendimento, repudiou-se a responsabilidade do cônjuge do avalista da letra de câmbio, quer no caso de se tratar de uma pura garantia altruística, quer no caso de daí poder vir algum benefício ao casal⁴⁴⁴. Não fica, na actual al. c), afastado o entendimento de tal doutrina, que visava, essencialmente, eliminar as incertezas e a insegurança a que conduziria a tese oposta.

A doutrina e jurisprudência mais generalizadas exigem que o proveito visado pela constituição da dívida resulte imediatamente dela (quer isso se comprove pelo simples acto de constituição da dívida, quer seja necessário averiguar de outro modo a intenção do cônjuge devedor)⁴⁴⁵.

De todo o modo, é importante precisar aquilo que está em causa, sobretudo no que respeita aos negócios cambiários, sujeitos aos princípios da autonomia, da literalidade e da abstracção.

Pode dizer-se que da própria constituição da dívida, isoladamente considerada, nunca pode resultar um benefício para o devedor. Para sabermos se a dívida foi ou não contraída em proveito comum do casal não bastará, por vezes, consultar apenas o acto de onde a dívida procede. É necessário determinar o seu fim imediato. Haverá casos em que se torna necessário aferir a sua finalidade no acto jurídico subsequente que determinou a realização do primeiro.

O condicionalismo jurídico próprio quer da fiança, quer da prestação de aval, que, em regra, são actos gratuitos, levaria a concluir que daí não adviria qualquer proveito comum. Mas nada impede que da prestação dessas garantias resulte um benefício para o casal desde que se alegue e prove que a dívida contraída por um dos cônjuges, com a prestação de tais garantias, referindo a contraprestação da relação jurídica subjacente, teve por fim o proveito comum⁴⁴⁶.

⁴⁴⁴ Cfr., *supra*, pp. 79-81.

⁴⁴⁵ Cfr. os ac. do STJ, de 06.02.1968 (*loc. cit.*); de 20.03.1970 (*BMJ*, n.º 195.º, 1970, p. 241); de 02.12.1970 (*BMJ*, n.º 202.º, 1971, p. 154); de 14.04.1972 (*BMJ*, n.º 216.º, 1972, p. 155); de 05.12.1972 (*BMJ*, n.º 222.º, 1973, p. 412); 14.06.1974 (*BMJ*, n.º 238.º, 1974, p. 233 e *Revista dos Tribunais*, ano 93.º, 1975, p. 99); de 06.12.1974 (*BMJ*, n.º 242.º, 1975, p. 297); de 07.11.1975 (*BMJ*, n.º 251.º, 1975, p. 140); de 01.02.1977 (<http://www.dgsi.pt>); de 22.06.1977 (*loc. cit.*); de 20.12.1977 (*loc. cit.*); de 11.10.1979 (*loc. cit.*); e de 13.05.1980 (*BMJ*, n.º 297.º, 1980, p. 310); da RL, de 11.01.1970 (*JR*, ano 16.º, 1970, p. 243), de 19.06.1970 (*JR*, ano 16.º, 1970, p. 489), de 30.11.1976 (*Col. Jurisp.*, tomo III, 1976, p. 842), de 09.02.1977 (*BMJ*, n.º 266.º, 1977, p. 204); e de 24.06.1993 (*BMJ*, n.º 429.º, 1963, p. 665); da RP, de 11.04.1978 (*Col. Jurisp.*, tomo II, 1978, p. 673); da RC, de 24.11.1971 (*BMJ*, n.º 211.º, 1971, p. 334); e de 13.02.1976 (*Col. Jurisp.*, tomo I, 1976, p. 28); e da RE, de 20.11.1979 (*BMJ*, n.º 294.º, 1980, p. 414).

⁴⁴⁶ Parecem partilhar de tal opinião Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil...*, *cit.*, p. 332, ao dizerem, reportando-se a obrigações cambiárias, que “a prestação destas garantias pode constituir um verdadeiro acto de administração na vida de um

A. Lopes Cardoso entendia que, no caso de aval do cônjuge sócio à sociedade, quando prestado por puro favor, jamais poderia ser constituinte de obrigações para o cônjuge não administrador e não interveniente no título cambiário⁴⁴⁷. E, em regra, o aval traduz um mero favor, não tendo contrapartida ou vantagem económica. Mas assim não será no caso de ter sido prestado a uma sociedade de que o avalista é sócio, vivendo o casal dos respectivos proventos sociais. Aí a contracção da dívida poderá ser em proveito comum do casal. Isto porque o cônjuge ao proceder desse modo, avalizando, está a pensar no benefício do quinhão comum na sociedade. Na prática, tal situação não é diferente de qualquer outro benefício em qualquer outro bem do casal. Se o cônjuge administrador faz num prédio do casal uma benfeitoria útil, a dívida que contrai, aumentando o valor daquele bem, importa proveito para o casal. O modo de valorizar uma parte social é acreditar económica e financeiramente a sociedade a que ela pertence. Um dos meios de o cônjuge, ao administrar, valorizar o bem do casal que é a quota, ou parte social, é avalizando as dívidas que essa sociedade contrai⁴⁴⁸.

Porém, Pires de Lima defendeu que o aval nunca pode ser gerador de responsabilidade do cônjuge não signatário, pois é acto de favor mesmo quando o avalista é sócio da sociedade avalizada⁴⁴⁹. Entende ser indiferente se o cônjuge avalista

estabelecimento comercial; mas só em casos raros será lícito sustentar que o acto foi realizado em proveito comum do casal". Também Braga da Cruz, "Capacidade patrimonial dos cônjuges...", *loc. cit.*, pp. 425 e 426, entendia que as dívidas resultantes de fiança prestada isoladamente por um dos cônjuges seriam, normalmente, dívidas incomunicáveis, por ser difícil enquadrá-las nos pressupostos da al. c) do n.º 1 do art. 1691.º. Mas se houver possibilidade de demonstrar que esses requisitos estão preenchidos (contraídas pelo cônjuge administrador, dentro dos poderes de administração e em proveito comum), "não há nenhuma objecção de princípio a que sejam consideradas da responsabilidade de ambos os cônjuges". V., o ac. do STJ, de 07.11.1975 (*loc. cit.*).

A possibilidade de considerar da responsabilidade comum a dívida decorrente da prestação de fiança era também defendida por alguma jurisprudência espanhola, mesmo antes da Reforma de 1981, assentando no proveito familiar que dessa prestação podia decorrer (v., M.ª Dolores Mas Badía, *ob. cit.*, pp. 178-185, e J. Delgado Echeverría, "Afianzamiento por un cónyuge y sociedad de gananciales", *Aranzadi Civil*, vol. II, 1995, pp. 9-31). Actualmente, a possibilidade de se considerar tal dívida como comum decorre da existência de interesse familiar para efeitos dos arts. 1365.º e 1366.º do Cód. Civil espanhol (M.ª Dolores Mas Badía, *ob. cit.*, pp. 186-193). V. também, Bello Janeiro, "Responsabilidad con los bienes gananciales ante fianza prestada por uno de los cónyuges", *Actualidad Civil*, 1, n.º 7/15, 1993, pp. 128-146, que considera necessária a prova de que a dívida de prestação de fiança se enquadre no art. 1365.º do Cód. Civil espanhol. Se apenas está prevista no art. 1362.º do mesmo código, o património comum não responde directamente pela dívida, sendo a mesma própria do cônjuge fiador, sem prejuízo das compensações a nível interno.

⁴⁴⁷ A. Lopes Cardoso, *A Administração dos Bens...*, *ob. cit.*, pp. 219-226, e "Alguns aspectos das dívidas dos cônjuges...", *loc. cit.*, pp. 101 e segs.

⁴⁴⁸ Neste sentido, cfr. os ac. do STJ, de 21.07.1964 (*loc. cit.*); de 25.07.1978 (*BMJ*, n.º 279.º, 1978, p. 214); e de 02.07.1998 (*Col. Jurisp. (STJ)*, tomo II, 1998, p. 164); da RL, de 15.01.1947 (*BMJ*, n.º 4.º, 1948, p. 242); da RP, de 06.12.1963 (*JR*, ano 9.º, 1963, p. 1155); de 29.01.1965 (*JR*, ano 11.º, 1965, p. 91); de 11.03.1966 (*JR*, ano 12.º, 1966, p. 322); e de 15.03.1967 (*JR*, ano 13.º, 1967, p. 361); e da RC de 15.10.1965 (*JR*, ano 11.º, 1965, p. 882); e de 08.03.1966 (*JR*, ano 12.º, 1966, p. 399).

⁴⁴⁹ Pires de Lima, "Anotação ao ac. do STJ, de 6 de Janeiro de 1967", *loc. cit.*, pp. 9 e 10 e p. 245, e "Anotação ao ac. do STJ, de 6 de Fevereiro de 1968", *RLJ*, ano 102.º, 1969/70, pp. 13-16. Neste sentido, cfr. Alberto dos Reis, "Anotação ao ac. da RL, de 15 de Janeiro de 1947", *RLJ*, ano 80.º, 1947/48, p. 384, e Manuel Salvador, *Estudos...*, *cit.*, pp. 35-86, e "O Passivo do Casal (Dívida

é ou não sócio da sociedade avalizada. Se se atendesse aos benefícios indirectos, tão relevante seria para o casal o aumento dos rendimentos da sociedade, sendo o avalista sócio, como a consolidação da sua posição de gerente, não o sendo. Nunca são indiferentes para a gerência os êxitos financeiros de uma sociedade. Todos esses benefícios, como os maiores rendimentos que possivelmente venham a ser recebidos pela gerência, são repercussões ou consequências indirectas do aval e não são essas consequências indirectas as visadas pelo legislador ao exigir o proveito comum do casal⁴⁵⁰.

A mesma discussão surge no ordenamento jurídico espanhol. Camino Sanciñena Asurmendi e Lacruz Berdejo e Sancho Rebullida analisam o caso de prestação de fiança ou aval de um dos cônjuges a uma sociedade ou a um negócio que faça parte como sócio, accionista, administrador⁴⁵¹. Tratando-se de um acto de contracção de uma dívida qualquer um dos cônjuges pode praticá-lo. A responsabilidade dos bens comuns dependerá da finalidade da garantia prestada, ou seja, se se visou obter um proveito da comunhão então respondem os bens comuns pela garantia prestada. E nesse sentido também se pronuncia a jurisprudência⁴⁵². Entendem os tribunais que haverá benefício da família quando a sociedade conjugal tem alguma conexão com a sociedade avalizada, como acontece quando o cônjuge é sócio, gestor ou administrador.

Para Lacruz Berdejo e Sancho Rebullida a hipótese de, além dos bens próprios do comerciante, a dívida responsabilizar os bens comuns será, não por força dos arts. 6.º, 7.º e 8.º do *Código de Comercio*, dado que aí se prevêm dívidas contraídas no exercício da sua actividade mercantil e não uma fiança por dívida alheia, mas pelo art.

Cambiária)”, *Justiça Portuguesa*, ano 34.º, 1967, pp. 113-116, pp. 129-134 e pp. 149-153 (que acrescenta que o fundamento do proveito comum deve residir na dívida e não em qualquer outra situação, e o eventual proveito resultante do aval não resulta propriamente dele mas da posição do sócio).

⁴⁵⁰ V., na jurisprudência, os ac. do STJ, de 24.06.1966 (*BMJ*, n.º 158.º, 1966, p. 356, e *RLJ*, ano 100.º, 1967/68, p. 6); de 05.07.1966 (*BMJ*, n.º 159.º, 1966, p. 342); de 06.01.1967 (*BMJ*, n.º 163.º, 1967, p. 318); de 06.02.1968 (*loc. cit.*); de 20.03.1970 (*BMJ*, n.º 195.º, 1970, p. 241); e de 14.04.1972 (*BMJ*, n.º 216.º, 1972, p. 155); da RL, de 11.03.1970 (*JR*, ano 16.º, 1970, p. 243); de 19.06.1970 (*JR*, ano 16.º, 1970, p. 489); de 23.07.1971 (*BMJ*, n.º 210.º, 1971, p. 178); de 07.04.1972 (*BMJ*, n.º 216.º, 1972, p. 195); de 30.11.1976 (*Col. Jurisp.*, tomo III, 1976, p. 842); e de 09.02.1977 (*BMJ*, n.º 266.º, 1977, p. 204); da RP, de 15.01.1975 (*BMJ*, n.º 243.º, 1975, p. 322); e de 11.04.1978 (*Col. Jurisp.*, tomo II, 1978, p. 673); e da RC, de 24.11.1971 (*loc. cit.*).

⁴⁵¹ Camino Sanciñena Asurmendi, *ob. cit.*, pp. 116-126, e Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida, *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Vol. IV, 4.ª ed., Barcelona, Bosch, 1997, p. 306.

⁴⁵² Conforme refere Camino Sanciñena Asurmendi, *ibidem*, e Fátima Yáñez Vivero, “Deudas de un solo cónyuge...”, *loc. cit.*, pp. 574-588, e *Las capitulaciones matrimoniales...*, *cit.*, pp. 33-38. A jurisprudência espanhola considera também que o aval prestado por um dos cônjuges a uma sociedade cujas acções são comuns e cujos benefícios são em proveito da comunhão, constitui dívida comum (v., C. Vázquez Iruzubieta, *Administración y liquidación del régimen económico del matrimonio*, Madrid, Dijusa, 2004, p. 360).

1362.º, 4.º, do Cód. Civil espanhol. Haverá, porém, que demonstrar o benefício para a comunhão, surgindo a dificuldade de considerar tal acto como praticado no “exercício regular” do seu negócio, considerando os autores que o cônjuge não precisa de ser titular da empresa mas mero interessado. A dificuldade aumenta se se trata da prestação de fiança no exercício de uma profissão, dado ser difícil que a prestação de tal garantia se verifique no desenvolvimento habitual da mesma⁴⁵³. Além da prestação de fiança ou aval nesses casos é também possível a prestação de tais garantias para pagamento de uma dada dívida. Se essa dívida for enquadrável numa das situações do art. 1362.º do Cód. Civil espanhol será responsável também a comunhão, pela fiança ou aval prestado, a título definitivo.

Há que atender, assim, no caso da al. c) do n.º 1 do art. 1691.º do nosso Cód. Civil, em análise, ao condicionalismo peculiar dos negócios abstractos. Quando alguém aceita, saca ou endossa uma letra, contrai uma dívida por meio de um acto de carácter abstracto. Se, para haver responsabilidade de ambos os cônjuges, em tais hipóteses, fosse necessário que do próprio acto unilateral e abstracto resultasse um benefício comum para o casal, nunca o portador do título poderia demandar o cônjuge do subscritor, para agredir bens comuns ou até próprios dele. Só que não parece ser esta a solução decorrente dos princípios aplicáveis.

Se a letra, no domínio das chamadas relações imediatas, tiver sido aceite ou endossada por um dos cônjuges para fazer uma compra no interesse do casal, nada impedirá o tomador de invocar esse contrato para, aproveitando o disposto na al. c) do n.º 1 do art. 1691.º, se pagar pelos bens comuns e, na falta ou insuficiência deles, pelos bens próprios de qualquer dos cônjuges (assumindo que o regime de bens do casamento é um dos regimes de comunhão – cfr. o art. 1695.º, n.º 1)⁴⁵⁴. Como nada impedirá o

⁴⁵³ Fátima Yáñez Vivero, “Deudas de un solo cónyuge...”, *loc. cit.*, p. 588, considera que a hipótese analisada por estes últimos autores é a de aval mercantil prestado por um dos cônjuges que não é comerciante mas exerce uma actividade na sociedade avalizada. Para a autora este aval é em benefício de uma sociedade que gera proveitos para a família, pelo que responsabiliza sempre os bens comuns. Esta é, de facto, e ao contrário do que acontece no ordenamento jurídico francês, no art. 1415.º do Cód. Civil francês, uma questão que os direitos espanhol e português não regulam especificamente. V. também, Yolanda Bustos Moreno, *ob. cit.*, pp. 278 e segs.

⁴⁵⁴ Cfr. os ac. do STJ, de 03.07.1972 (*RLJ*, ano 106.º, 1973/74, p. 328); de 03.11.1972 (*BMJ*, n.º 221.º, 1972, p. 248, e *RLJ*, ano 106.º, 1973/74, p. 328); de 20.02.1973 (*BMJ*, n.º 224.º, 1973, p. 200); de 04.05.1973 (*BMJ*, n.º 227.º, 1973, p. 166, e *Revista dos Tribunais*, ano 91.º, 1973, p. 226); de 08.05.1973 (*BMJ*, n.º 227.º, 1973, p. 184, e *Revista dos Tribunais*, ano 91.º, 1973, p. 229); de 18.05.1973 (*Revista dos Tribunais*, ano 91.º, 1973, p. 372); de 16.07.1987 (<http://www.dgsi.pt>); de 02.07.1998 (*Col. Jurisp. (STJ)*, tomo II, 1998, p. 164); e de 11.03.1999 (<http://www.dgsi.pt>); da RL, de 30.06.1992 (<http://www.dgsi.pt>); da RP, de 15.02.1990 (<http://www.dgsi.pt>); e da RC, de 21.04.1998 (*BMJ*, n.º 476.º, 1998, p. 496).

titular da letra de lançar mão da acção cambiária respectiva (e não do direito de acção correspondente à relação subjacente)⁴⁵⁵.

No domínio das relações mediatas, já não são oponíveis ao portador, pelo obrigado cambiário, as excepções baseadas na relação causal ou subjacente. Mas, essa solução, estabelecida no interesse do portador mediato e da circulação cambiária em geral, não impede que o credor se prevaleça da relação causal em face do cônjuge do subscritor (um terceiro), para alegar e provar que o acto cambiário se integra numa operação negocial de proveito comum para o casal⁴⁵⁶.

Quanto ao conceito de proveito comum, e outras questões suscitadas, vale, à luz do Cód. Civil actual, o entendimento exposto na análise feita a propósito do Cód. de Seabra⁴⁵⁷.

⁴⁵⁵ Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil...*, cit., p. 333. Cfr. o ac. do STJ, de 28.07.1972 (*Revista dos Tribunais*, ano 91.º, 1973, p. 61), e J. G. Sá Carneiro, “Os arts. 10.º e 15.º...”, *loc. cit.*, ano 91.º, 1973, p. 198.

⁴⁵⁶ V., M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, “Acção cambiária...”, *loc. cit.*, pp. 231-250, que, em anotação ao ac. do STJ, de 22.02.1994 (*loc. cit.*), analisa a situação, apresentada naquele acórdão, em que se tenta obter a condenação do marido subscritor de uma livrança, juntamente com a sua mulher. Pretendia-se que esta fosse igualmente responsável em virtude da natureza da relação jurídica subjacente que tinha determinado a obrigação cambiária. O STJ pronunciou-se sobre a possibilidade de, não obstante a dívida ter sido apenas contraída pelo marido, responsabilizar a mulher, por aplicação da al. c) do n.º 1 do art. 1691.º. Conclui a autora que o facto de o dinheiro emprestado ter sido depositado numa conta solidária de ambos os cônjuges não é suficiente para basear a conclusão acerca do preenchimento do conceito jurídico de *proveito comum do casal*. O critério para se chegar a essa conclusão é a intenção do mutuário ao contrair o empréstimo, a qual, não tendo sido manifestada no próprio momento de obtenção do mesmo, só poderia resultar da relação dos valores mutuados com o seu destino, isto é, com os efectivos gastos dos titulares. V., da mesma autora, *Limites...*, cit., pp. 321-333. V. também, o ac. da RP, de 22.01.1980 (*Col. Jurisp.*, tomo I, 1980, p. 24). Pronunciando-se a propósito da possível existência de compensações, a jurisprudência francesa entende também que não basta o mero depósito de valores próprios numa conta bancária de ambos os cônjuges, sendo necessário demonstrar que tais valores se destinaram a despesas comuns (v., “Communauté entre époux”, *Recueil Dalloz*, ano 179.º, n.º 6, 2003, p. 398, e Bernard Beignier, “Preuve de la récompense due par la communauté: retour au droit et à l'équité”, *Recueil Dalloz*, ano 179.º, n.º 9, 2003, pp. 575 e 576).

⁴⁵⁷ V., *supra*, pp. 79-81. Cfr., entre outros, Pereira Coelho, *Curso...*, 1965, cit., p. 302, *Curso...*, 1986, cit., pp. 427-428, e Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 451 e 452, A. Lopes Cardoso, *A Administração dos Bens...*, cit., pp. 201 e segs., “Alguns aspectos das dívidas comerciais...”, *loc. cit.*, pp. 401-422, e “Alguns aspectos das dívidas dos cônjuges...”, *loc. cit.*, pp. 51-53, Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil...*, cit., pp. 329 e segs., e Antunes Varela, *ob. cit.*, pp. 400 e 401.

É invocando este proveito comum que a jurisprudência tem considerado comum a dívida resultante da restituição do sinal, ou perda do mesmo, pelo não cumprimento de contrato-promessa de compra e venda outorgado por apenas um dos cônjuges ou outros incumprimentos contratuais. V., p. ex., os ac. do STJ, de 10.10.1939 (*Jornal do Fôro*, ano 5.º, 1942, p. 8); de 02.11.1954 (*BMJ*, n.º 46.º, 1954, p. 461, responsabilizando a mulher pela indemnização por incumprimento contratual resultante de dívida contraída pelo marido em proveito comum); de 18.06.1957 (*BMJ*, ano 68.º, 1957, p. 598, relativo ao não pagamento de rendas de um contrato de arrendamento celebrado pelo marido); de 30.05.1958 (*BMJ*, n.º 77.º, 1958, p. 441, e *Revista dos Tribunais*, ano 76.º, 1958, p. 220, relativo a dívida de indemnização por falta de cumprimento de contrato, constituindo um acto comercial ilícito); de 14.11.1961 (*BMJ*, n.º 111.º, 1961, p. 426); de 17.11.1961 (*BMJ*, n.º 111.º, 1961, p. 505); de 11.05.1962 (*BMJ*, n.º 117.º, 1962, p. 470); de 13.02.1968 (*BMJ*, n.º 174.º, 1968, p. 165); de 21.06.1968 (*RLJ*, ano 102.º, 1969/70, pp. 245-248, relativo à restituição de quantias recebidas pelo marido por conta de ordenados futuros); e de 30.10.1970 (*BMJ*, n.º 200.º, 1970, p. 254); da RP, de 30.07.1965 (*Revista dos Tribunais*, ano 83.º, 1965, p. 318); e o assento do STJ, n.º 4/94, de 26.01.1994 (*Diário da República*, n.º 69, Série I-A, de 23.03.1994). Sobre a possibilidade de execução específica de contrato-promessa de compra e venda celebrado apenas por um dos

2.2.4. Art. 1691.º, n.º 1, al. d), do Cód. Civil

A actual al. d) do n.º 1 do art. 1691.º não constava nem do anteprojecto de Pires de Lima, nem do anteprojecto de Braga da Cruz e só foi introduzida no projecto do Cód. Civil de 1966 a partir da 2.ª revisão ministerial, tendo sido alterada pela Reforma de 1977, em termos que completam, de algum modo, a nova doutrina do art. 15.º do Cód. Comercial. Na primitiva versão do texto, de 1966, da al. d)⁴⁵⁸, não se admitia, contra a responsabilização de ambos os cônjuges, a alegação de que a dívida, embora contraída no exercício do comércio, o não fora em proveito comum do casal, contra a presunção em que manifestamente assentava o preceito⁴⁵⁹. Constituía uma ampliação e um reforço da doutrina consagrada na primitiva redacção do art. 15.º do Cód. Comercial, estendendo a solução deste artigo a ambos os cônjuges e concretizando, com maior força vinculativa, o efeito da presunção aí estabelecida.

Entretanto, por força do art. 3.º do Dec.-Lei n.º 363/77, de 2 de Setembro, o art. 15.º do Cód. Comercial passou a ter nova redacção: “As dívidas comerciais do cônjuge comerciante presumem-se contraídas no exercício do seu comércio”.

Por um lado, estendeu-se à mulher o regime que até então era somente aplicável ao marido (comerciante). Por outro lado, tornou-se mais frouxa a solução, convertendo a antiga presunção de proveito comum na simples presunção de integração da dívida no exercício da actividade comercial do devedor.

Pelo Dec.-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, a al. d) do n.º 1 do art. 1691.º foi alterada, passando a referir que são da responsabilidade de ambos “as dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges no exercício do comércio, salvo se se provar que não foram contraídas em proveito comum do casal ou se vigorar entre os cônjuges o regime de separação de bens”. Para se dissiparem todas as dúvidas que se suscitavam, o preceito

cônjuges, v., António Santos Abrantes Geraldes, “Execução específica de contrato-promessa de compra e venda celebrado apenas por um dos cônjuges”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 1, n.º 1, 2004, pp. 95 e segs.

⁴⁵⁸ Art. 1691.º, n.º 1: “São da responsabilidade de ambos os cônjuges: (...) d) As dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges no exercício do comércio, salvo se vigorar entre eles o regime de separação de bens”.

⁴⁵⁹ Tal presunção, não ilidível, tinha alguma razão de ser. Com efeito, na maioria das famílias, era o marido que exercia a actividade comercial, vivendo o casal dessa actividade, dado que a mulher não trabalhava fora de casa, ou colaborava com o marido no exercício do comércio. Portanto, de algum modo, as dívidas contraídas no exercício do comércio eram objectivamente em proveito comum. O que é certo é que, com a progressiva independência dos cônjuges no aspecto patrimonial, e com a menor vinculação do agregado familiar aos rendimentos de um dos cônjuges, mesmo que este seja comerciante, a responsabilidade de ambos os cônjuges pelas dívidas do cônjuge comerciante tornou-se demasiado pesada. V., entre outros, Diogo Leite de Campos, *Lições...*, cit., pp. 430 e 431.

passou a admitir uma presunção implícita de proveito comum, que explicitamente constava da versão primitiva do art. 15.º do Cód. Comercial. Onde antes a al. d) consagrava uma autêntica presunção não ilidível, estabelece hoje uma simples presunção ilidível, no sentido de que as dívidas comerciais contraídas pelo cônjuge comerciante beneficiam ambos os cônjuges. Mais do que o Cód. Comercial se ter adaptado ao art. 1691.º, n.º 1, al. d), do Cód. Civil de 1966, teve este, na Reforma de 1977, de se adaptar ao novo art. 15.º do Cód. Comercial.

Com a alteração introduzida pela Reforma de 1977 na redacção da referida al. d), a lei passou a admitir a alegação de que, não obstante a dívida ter sido contraída por qualquer dos cônjuges no exercício do comércio, ela não foi contraída em proveito comum do casal. Na medida em que permite ao cônjuge que não beneficia da contracção da dívida afastar a sua responsabilidade pelo cumprimento dela, a inovação primou pela sua maior justiça e equidade. Contudo, esta vantagem envolverá maior insegurança para os credores. Por força desta alteração, à alegação e prova (ainda que presumida) de que a dívida foi contraída em real conexão com a actividade comercial do devedor, feitas pelo credor, pode agora o cônjuge do devedor opor que, não obstante isso, a dívida não foi realmente contraída em proveito comum do casal. Não se quis, assim, levar tão longe a protecção dos credores comerciais, com sacrifício dos interesses do casal, como a levava o Cód. Civil de 1966.

Note-se que, ao contrário do que sucedia com a antiga redacção do art. 15.º do Cód. Comercial, a al. d) do n.º 1 do art. 1691.º, quer na redacção originária, quer na actual, afasta expressamente do seu campo de aplicação o regime de separação de bens. A actividade comercial exercida por qualquer dos cônjuges, casado em regime de separação de bens, não aproveita forçosamente ao outro, nem legalmente responsabiliza os seus bens⁴⁶⁰.

A separação de patrimónios, que timbra hoje o regime de separação, passou a ter nas dívidas comerciais o máximo do seu significado. Se é certo que mesmo no regime de separação de bens é possível, p. ex., face à al. c) do n.º 1 do art. 1691.º, ao credor provar que determinada dívida foi contraída em proveito comum do casal para o efeito de fazer

⁴⁶⁰ Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 455 e 456, colocam a questão de saber por que razão a inexistência de proveito comum, num regime de comunhão, afasta a responsabilidade do outro cônjuge, mesmo quando os frutos se integram na massa patrimonial comum, enquanto a existência de proveito comum no regime de separação não sustenta a responsabilidade de ambos os cônjuges, porque os frutos são bens próprios e os patrimónios estão separados. O legislador usou, assim, dois critérios: nos regimes de comunhão, o critério decisivo foi a inexistência de proveito comum, enquanto que no regime de separação o critério foi a natureza de bens próprios dos frutos do estabelecimento, que primou sobre a existência de proveito comum.

responder ambos os cônjuges, já não poderá sustentar-se existir uma presunção de proveito comum quando se trate de dívidas contraídas por qualquer um dos cônjuges no exercício do comércio, que o art. 15.º do Cód. Comercial consentia anteriormente (cabendo aí ao cônjuge ilidir a presunção). É a tradução da ideia de que os cônjuges são estranhos um ao outro, do ponto de vista patrimonial (os riscos e insucessos de um não afectam o outro). Assim, segue a lei o entendimento de que pertencendo um dado estabelecimento comercial a um dos cônjuges casado em regime de separação de bens, nada há que justifique que uma dívida praticada no exercício do comércio ou gestão desse estabelecimento seja para benefício mais amplo de que o do próprio bem e do seu dono. A lei não discute se o outro cônjuge é ou não responsável por uma dívida que diz respeito ao estabelecimento comercial do cônjuge comerciante, não havendo hipótese, à partida, de proveito comum mesmo que o casal viva desse estabelecimento⁴⁶¹. O que, no nosso entendimento, não obsta a que o credor venha provar que a dívida contraída, mesmo no regime de separação de bens e no exercício do comércio, se destinou a

⁴⁶¹ O que, no entendimento de A. Lopes Cardoso, “Da responsabilidade dos cônjuges...”, *ob. e loc. cit.*, p. 191, “não deixa de ser excessivo”. V., entre outros, os ac. da RL, de 19.04.1972 (*BMJ*, n.º 216.º, 1972, p. 206), e de 21.06.1972 (*BMJ*, n.º 219.º, 1972, p. 266). O ac. da RL, de 16.01.1979 (*Col. Jurisp.*, tomo I, 1979, p. 87), entendeu que, estando os cônjuges casados no regime de separação de bens, a responsabilidade comum dos cônjuges pela dívida contraída pelo cônjuge comerciante no exercício do seu comércio só poderia resultar das als. b) e/ou c) do n.º 1 do art. 1691.º. Decide, todavia, o acórdão que, por um lado, a expressão usada na al. b) (“encargos normais da vida familiar”) abrange as dívidas relacionadas com as despesas inerentes ao governo doméstico como as de alimentação, vestuário, renda da casa, transportes, médicos e medicamentos..., pelo que não compreende dívidas contraídas no exercício do comércio, não sendo de responsabilizar o outro cônjuge nos termos da referida al. b) do n.º 1 do art. 1691.º. De facto, entendemos também que a dívida contraída no exercício do comércio é para o estabelecimento e não para os encargos normais da vida familiar, ou seja, só indirectamente a dívida contraída no exercício do comércio permite angariar proveito para ocorrer aos encargos da vida familiar. Seria, por isso, necessário provar a conexão entre a dívida contraída no exercício do comércio e a satisfação de um encargo normal da vida familiar (se a dívida não fosse contraída o encargo não seria satisfeito e a dívida só foi contraída com vista à satisfação do encargo).

Por outro lado, quanto à responsabilização nos termos da al. c) do n.º 1 do art. 1691.º, entendeu o ac. da RL referido que o cônjuge administrador só pode responsabilizar o outro cônjuge se a dívida tiver sido contraída nos limites dos seus poderes de administração e em proveito comum do casal. Estando os cônjuges casados no regime de separação de bens, cada um tem o seu património, que administra e pode dispor livremente (art. 1735.º). Para que haja proveito comum é preciso que a dívida tenha sido contraída em benefício do casal independentemente dos resultados efectivos da sua contracção. Mas é necessário que esse benefício provenha directamente do acto constitutivo da dívida e não seja uma mera consequência indirecta ou remota. Ora, a dívida contraída pelo cônjuge comerciante no exercício do seu comércio teve apenas em vista, no caso concreto (e, parece-nos, a maioria das vezes), a continuação do seu comércio, com a consequente valorização ou enriquecimento do seu património próprio. Só indirectamente essa dívida poderia beneficiar o outro cônjuge, não se verificando, por isso, a sua responsabilização nos termos da al. c) do n.º 1 do art. 1691.º. No mesmo sentido, v., o ac. da RP, de 27.03.1990 (*loc. cit.*). V. também, o ac. da RP, de 09.06.1998 (*Col. Jurisp.*, tomo III, 1998, p. 192), que entende que o art. 1691.º, n.º 1, al. c), só se aplica a comerciante se a dívida não for contraída no exercício do comércio. Se contraída nesse exercício, seria aplicável a al. d) do n.º 1 do mesmo artigo que, porém, seria excluída, vigorando o regime de separação de bens. Entende que, havendo uma norma específica para a dívida contraída no exercício do comércio (al. d)), não se justificaria a aplicação de uma outra qualquer norma (al. c)), porventura com ela conflituante. O ac. do STJ, de 11.10.1979 (*loc. cit.*), veio, por sua vez, admitir que o proveito comum do casal relativo às dívidas a que se refere o art. 1691.º, n.º 1, al. c), pode resultar do exercício do comércio e verificar-se mesmo no regime de separação de bens.

satisfazer os encargos normais da vida familiar ou foi contraída pelo cônjuge administrador em proveito comum, para efeitos de responsabilização de ambos os cônjuges, nos termos do art. 1691.º, n.º 1, als. b) e/ou c)⁴⁶².

Parece-nos que a possibilidade de responsabilizar o outro cônjuge casado em regime de separação de bens, nos termos das als. b) e/ou c) do n.º 1 do art. 1691.º, mesmo pelas dívidas previstas e excluídas pela al. d) no regime de separação, dependerá sempre do caso concreto. O que não compreendemos é o privilégio concedido ao comércio nos regimes de comunhão, tanto mais que nenhuma outra profissão goza do mesmo benefício.

Nos regimes que não o de separação de bens, o cônjuge não comerciante (ou do comerciante) está confrontado com uma dupla presunção se quiser defender-se da sua responsabilidade (se bem que a defesa contra a primeira exclua a necessidade de recurso à segunda, por iniciativa própria). Em primeiro lugar, poderá ilidir a presunção de que a dívida comercial do cônjuge comerciante foi contraída no exercício do seu comércio (art. 15.º do Cód. Comercial). Feita a prova contrária, excluída estará a sua responsabilidade que resultava do art. 1691.º, n.º 1, al. d). Mas, em segundo lugar, mesmo que não logre ilidir essa presunção, e se vier a apurar que a dívida foi contraída no exercício do comércio, poderá ainda ilidir a presunção implícita de que ela foi contraída em benefício do casal, provando que, pelo contrário, ela não foi contraída em proveito comum (art. 1691.º, n.º 1, al. d)). Por outro lado, e em terceiro lugar, pode acontecer que, tendo o cônjuge ilidido a primeira presunção, provando que a dívida não foi contraída no exercício do comércio do cônjuge comerciante, o credor venha ainda provar (e aí o ónus é dele) que a dívida foi praticada em proveito comum ou para ocorrer aos encargos normais da vida familiar, obtendo a responsabilidade de ambos, já não por força da referida al. d), mas face às als. b) e/ou c) do n.º 1 do mesmo art. 1691.º.

Caso típico de elisão da presunção de que determinada dívida comercial do cônjuge comerciante foi contraída no exercício do comércio é a que resulta da prova de que certa letra é uma letra de favor. Dada a natureza do título, ela constitui um acto formal e objectivamente comercial, mas, provada a característica de complacência, conseguirá o cônjuge ilidir a presunção de que a letra fora subscrita no exercício do comércio do subscritor. Outro caso será o do aval em letra de outrem. Em qualquer dos casos, existe um puro acto gratuito, sem qualquer reflexo vantajoso para o comércio e para o casal.

⁴⁶² Em sentido contrário, v., os acórdãos citados na nota anterior e A. Lopes Cardoso, “Da responsabilidade dos cônjuges por dívidas comerciais”, *ob. e loc. cit.*, pp. 189-191.

Em princípio, uma letra de favor traduz-se na assunção de uma obrigação cambiária sem correspondência em relação subjacente ou fundamental. Se não há mais que isso, parece claro estar excluída a hipótese de a obrigação ter sido contraída no exercício do comércio. Todavia, o exercício do comércio é uma actividade complexa e bem pode suceder que um comerciante faça aceites de favor a um seu congénere com o objectivo deliberado de permitir a este obter financiamento para produzir os produtos que aquele comercializa e de que depende. Nesse caso, a assinatura só aparentemente é de favor e não haverá motivo para reputar que a letra de favor não seja subscrita no exercício do comércio. No entanto, o ónus da prova incumbirá aqui ao credor, no sentido de afastar a prova contrária à presunção que o cônjuge tenha feito. Com efeito, este último pode comprovar que a letra não tinha subjacente nenhuma transacção comercial o que era, em princípio, suficiente para ilidir a presunção do art. 15.º do Cód. Comercial; interessa, então, ao credor provar que, de facto, foi no exercício amplo da actividade comercial que tal letra foi pelo cônjuge comerciante subscrita⁴⁶³.

A dúvida que originariamente se levantou a propósito da al. d) do n.º 1 do art. 1691.º foi a de saber se a expressão *no exercício do comércio* envolveria a prática habitual do comércio, contemplando o devedor comerciante, ou só estaria ligada ao regime jurídico do comércio, bastando, portanto, para a comunicabilidade, a contracção da dívida no exercício ocasional, isto é, que ela envolva, em si, um acto de comércio. Este último entendimento parece ter sido defendido por Castro Mendes⁴⁶⁴. Cunha Gonçalves, Fernando Olavo, J. G. Sá Carneiro, V. Lobo Xavier, Pinto Furtado, A. Lopes Cardoso e Ferrer Correia, entre outros, defendem que a expressão se reporta ao exercício habitual do comércio pelo devedor, devendo considerar-se que a referida al. d) contempla a hipótese de obrigações assumidas por um comerciante no exercício da sua profissão⁴⁶⁵.

⁴⁶³ V., A. Lopes Cardoso, “Alguns aspectos das dívidas comerciais...”, *loc. cit.*, pp. 416 e 417.

⁴⁶⁴ Castro Mendes, “Breve nota sobre o valor actual do art. 10.º do Código Comercial”, *Revista dos Tribunais*, ano 90.º, 1972, p. 293.

⁴⁶⁵ Cunha Gonçalves, *Comentário ao Código Comercial Português*, vol. I, Lisboa, Empresa Editora J. B., 1914, p. 75, Fernando Olavo, *Direito Comercial*, vol. I, 2.ª ed., Lisboa, 1970, pp. 235-240, J. G. Sá Carneiro, “Os arts. 10.º e 15.º...”, *loc. cit.*, ano 90.º, 1972, p. 395, V. G. Lobo Xavier, *Sumários de Direito Comercial*, policopiado, Coimbra, 1977/78, pp. 96 e 97, e “Responsabilidade dos bens do casal pelas dívidas comerciais de um dos cônjuges”, Separata da *RDES*, ano XXIV, Outubro-Dezembro, 1980, pp. 10 e 11, Pinto Furtado, *Código Comercial Anotado*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1975, pp. 34 e 35 e pp. 45 e 46, e *Disposições Gerais do Código Comercial*, Coimbra, Almedina, 1984, p. 79, A. Lopes Cardoso, “Da responsabilidade dos cônjuges...”, *ob. e loc. cit.*, pp. 173 e 174, e Ferrer Correia, *Lições de Direito Comercial*, Lisboa, Lex, 1994, pp. 74-77. Neste sentido, v. também, Camino Sanciñena Asurmendi, *ob. cit.*, pp. 59-77. J. A. Domingues Damas, “Dívidas comerciais dos cônjuges (reflexos familiares)”, *in* AAVV, *As operações comerciais*, Coimbra, Almedina, 1988, pp. 198-200 e pp. 206-208, distinguindo o âmbito do art. 15.º do Cód. Comercial (exercício do comércio por comerciante) e do art. 1691.º, n.º 1, al. d) (exercício do comércio *tout court*, que abarcaria tanto o exercício profissional do comércio como o exercício do comércio por não comerciante), refere que aquele art. 15.º facilita a

O exercício do comércio será a actividade que corresponde ao desempenho da profissão de comerciante (art. 13.º, n.º 1, do Cód. Comercial). Parece ainda ser necessário que os actos sejam praticados em nome próprio e não por conta de outrem.

O regime do art. 1691.º, n.º 1, al. d), visa a tutela do comércio: alargando-se o âmbito da garantia patrimonial concedida aos credores daqueles que exercem o comércio facilita-se a estes últimos a obtenção de crédito e, desta forma, favorecem-se as actividades mercantis.

No ordenamento jurídico francês, o art. 22.º-1 da Lei n.º 91-650, de 9 de Julho de 1991 (introduzido pelo art. 47.º-III da Lei n.º 94-126, de 11 de Fevereiro de 1994, a chamada lei *Madelin*), a propósito dos comerciantes em nome individual, concede ao devedor empresário em nome individual, no caso de uma dívida contratual relativa à sua actividade profissional, a possibilidade de orientar o *droit de poursuite* dos credores, ou seja, pode pretender que a execução recaia prioritariamente sobre os bens necessários à exploração da empresa (desde que o seu valor seja suficiente para garantir o pagamento do crédito, o credor não pode opor-se a esta exigência do seu devedor, salvo intenção danosa). Ora, se o empresário devedor estiver casado em regime de comunhão, dado a referida lei não fazer qualquer distinção, pode exigir o pagamento dos seus créditos profissionais sobre os bens profissionais, independentemente da sua natureza de bens próprios ou comuns (salvo havendo fraude, prevista no art. 1413.º do Cód. Civil francês, e sem prejuízo de uma eventual compensação)⁴⁶⁶.

Porém, e mesmo no regime de separação de bens, o exercício por um dos cônjuges de uma actividade profissional, comercial ou agrícola, e a colaboração do outro cônjuge nessa actividade, implica a possibilidade de os terceiros de boa fé se fundarem nesta aparência de comercialidade para responsabilizar ambos os cônjuges pelas dívidas contraídas no exercício dessa profissão. Ou seja, a jurisprudência entende que há uma presunção, assente nesta aparência de comercialidade⁴⁶⁷, de que há uma exploração comum pelos cônjuges e, por isso, ambos devem responder pelas dívidas assim

vida ao credor, dispensando-o da prova de que a dívida foi contraída no exercício do comércio do devedor, se aquela for comercial e este comerciante. Estando em causa dívida comercial contraída por não comerciante, o credor já não beneficiará da presunção do art. 15.º citado, estando obrigado a provar a relação entre a dívida e o exercício do comércio do devedor para se aplicar o art. 1691.º, n.º 1, al. d).

⁴⁶⁶ V., M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 183 e 184.

⁴⁶⁷ Tendo também sido invocada a existência de uma sociedade de facto para atingir a mesma solução, desde que os seus requisitos estejam preenchidos – v., p. ex., Cass. 1.º civ., de 21 de Outubro de 1997 (*JCP* 1988.I.135, p. 871), o que exige uma actuação independente e habitual de cada cônjuge no exercício da actividade [v., p. ex., Cass. com., de 19 de Maio de 1982 (*JCP* 1985.II.20335, obs. Le Guidec)].

contraídas⁴⁶⁸. Aliás, refere Jacques Leroy, a propósito do regime de separação de bens, que há formas de proteger o credor que contrai uma dívida com um dos cônjuges, além do exigir a vinculação do outro: o mandato tácito ou aparente, a gestão de negócios ou o enriquecimento sem causa⁴⁶⁹. São meios de permitir uma participação do outro cônjuge na dívida e, assim, responsabilizar também os bens deste.

Também o direito espanhol, ainda que não regulando propriamente as dívidas contraídas no exercício do comércio, considera dívidas da comunhão as resultantes da exploração regular de um negócio⁴⁷⁰ (privativo do cônjuge) ou do desempenho de uma profissão, arte ou ofício de cada cônjuge (o que se justifica dado que proveitos resultantes destas actividades ingressam no património comum – art. 1347.º, 1.º, do Cód. Civil espanhol) – arts. 1362.º, 4.º, e 1365.º, 2.º, do Cód. Civil espanhol. Trata-se dos gastos necessários para a exploração da actividade profissional (não sendo necessário que o cônjuge seja o seu titular, bastando ser interessado) mas que não comprometam seriamente a subsistência da sociedade conjugal. Exige-se, além da dívida ser contraída no exercício da administração ordinária, que seja adequada à natureza do negócio ou profissão atendendo à normal diligência de um empresário ou profissional⁴⁷¹. Não parece incluir-se no preceito as novas aquisições ou ampliações do negócio. De facto, e atendendo ao art. 1346.º, 8.º, do Cód. Civil espanhol, são próprios de cada um dos cônjuges os instrumentos necessários para o exercício da sua profissão ou ofício. Por isso, se tais bens são próprios não teria sentido que as dívidas relativas à sua aquisição fossem suportadas pelo património comum, como decorre do art. 1362.º, 4.º, do Cód. Civil espanhol. Daí que alguns autores considerem que, ainda que tais

⁴⁶⁸ Situação que era afastada perante a anterior situação da mulher que, actuando em representação do marido no exercício da actividade comercial deste e dadas as regras próprias para o exercício do comércio por mulher casada, não podia gerar qualquer aparência perante terceiros – v., comentário à decisão da Cass. com., de 27 de Maio de 1972 (*JCP* 1973.II.17306, e *Recueil Dalloz Sirey. Jurisprudence*, 1973, pp. 155-157, com nota de Prévault). Sobre esta questão, v., Farafina Boussougou-Bin-Mbine, *ob. cit.*, pp. 120-124. Em todo o caso, o consentimento do marido implicava uma garantia legal face aos credores, na medida em que poderiam estes exigir o pagamento também pelos bens comuns e pelos próprios do marido. V., A. Colomer, *Les régimes matrimoniaux et le droit commercial. Le fonds de commerce et les régimes matrimoniaux*, tomo I, Paris, Répertoire du Notariat Defrénois, 1977, pp. 402-404.

⁴⁶⁹ Jacques Leroy, *loc. cit.*, pp. 41 e 42.

⁴⁷⁰ O conceito de “negócio”, e como referem L. Díez-Picazo/A. Gullón, *ob. cit.*, p. 176, não pode identificar-se com o de empresa ou estabelecimento, dado que estes têm um carácter próprio ou comum (cfr., o art. 1347.º, 5.º, do Cód. Civil espanhol), pelo que as dívidas daí decorrentes integram o disposto no § 2.º ou no § 3.º do art. 1362.º do Cód. Civil espanhol. Assim, por “negócio” deve entender-se a actividade económica que não seja necessariamente profissional nem decisivamente empresarial. Também J. A. Díez Ballesteros, *La empresa individual en el régimen de gananciales*, Madrid, Editorial Montecorvo, 1997, p. 362, e Yolanda Bustos Moreno, *ob. cit.*, p. 271. Contra parecem pronunciar-se Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida, *et alii*, *Elementos de Derecho Civil. Familia*, *cit.*, p. 211, ao considerarem que a norma refere-se à “empresa”.

⁴⁷¹ Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida, *et alii*, *Elementos de Derecho Civil. Familia*, *cit.*, p. 211.

aquisições se incluam nas despesas ordinárias da exploração do negócio ou profissão, não são da responsabilidade da comunhão⁴⁷². Yolanda Bustos Moreno, na tentativa de conciliar os arts. 1362.º, 4.º, e 1346.º, 8.º, do Cód. Civil espanhol, sugere que o art. 1362.º, 4.º, seja de aplicar na vigência da comunhão em relação às dívidas aí previstas, incluindo as necessárias à aquisição de instrumentos para o exercício da profissão, arte ou ofício. Só no momento da dissolução, se tais instrumentos persistirem no património próprio do cônjuge, será acertado imputar ao património do cônjuge titular a responsabilidade pelas referidas dívidas⁴⁷³.

A regulação das dívidas relativas ao exercício de profissão, arte ou ofício é uma consequência dos rendimentos decorrentes do exercício dessas actividades serem comuns. Visa sobretudo evitar as dificuldades que o cônjuge poderia encontrar ao desenvolvimento da sua actividade, ao limitar a sua solvabilidade face aos credores. Trata-se, evidentemente, do exercício ordinário da profissão, arte ou ofício, e não extraordinário. Ficam, assim, de fora, por serem gastos extraordinários, a aquisição de instrumentos não proporcionais à actividade desenvolvida, ou que sirvam uma utilização diversa ou sejam de preço muito elevado⁴⁷⁴.

Deve ainda fazer-se uma referência às dívidas do cônjuge comerciante contraídas no exercício do comércio (art. 1365.º, 2.º, § 2.º, do Cód. Civil espanhol)⁴⁷⁵. A Lei de 2 de Maio de 1975 (que suprimiu a exigência da autorização marital para a mulher casada exercer o comércio), que alterou os arts. 6.º e 9.º do *Código de Comercio*, veio

⁴⁷² Tomás Giménez Duart, “Cargas y obligaciones...”, *loc. cit.*, p. 543, e M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, p. 1689.

⁴⁷³ Yolanda Bustos Moreno, *ob. cit.*, p. 294.

⁴⁷⁴ M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, p. 1689, e Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida, *Elementos de Derecho Civil. Familia*, *cit.*, pp. 203 e 204.

⁴⁷⁵ Situação obviamente diferente da determinação das dívidas pelas quais responde um estabelecimento comercial (*empresa*) explorado pelos cônjuges. De facto, não pretendemos aqui analisar em que situações responde o mesmo estabelecimento pelas dívidas contraídas pelos cônjuges com vista à sua administração (situação abordada por J. A. Díez Ballesteros, *ob. cit.*, pp. 325 e segs.), mas sim a responsabilidade dos bens comuns pelas dívidas contraídas pelo cônjuge comerciante e no exercício do comércio. Conforme refere J. A. Díez Ballesteros, *ob. cit.*, pp. 341-360 e pp. 365-371, se o estabelecimento é bem comum e é administrado por ambos os cônjuges, e apesar de o art. 6.º do *Código de Comercio* prever apenas a responsabilidade dos bens próprios do cônjuge comerciante e os bens adquiridos com os proveitos da actividade comercial (e não a *empresa*), aquele responde pelas dívidas comerciais contraídas dado existir um consentimento tácito recíproco dos cônjuges co-administradores (fazendo responder pelas referidas dívidas todos os bens comuns, incluindo o estabelecimento). No caso de o estabelecimento ser administrado por um dos cônjuges, o mesmo só responde pelas dívidas contraídas pelo comerciante se existir consentimento do cônjuge não comerciante. Caso contrário, o estabelecimento só responderá, como os bens comuns, nos termos do art. 1373.º do Cód. Civil espanhol, na falta de bens próprios do comerciante e de frutos do estabelecimento. No caso de o estabelecimento ser bem próprio e ser administrado pelo seu titular, o mesmo responde como os restantes bens próprios do comerciante; se for administrado pelo cônjuge não titular, só responsabiliza o estabelecimento se houver consentimento do cônjuge não comerciante e titular do estabelecimento (considerando o autor citado poder admitir-se existência de um mandato ou gestão de negócios).

estabelecer que nenhum dos cônjuges necessita de autorização para o exercício do comércio e fixou um regime de responsabilidade relativo aos proveitos do comércio (*resultas del comercio*). Os arts. 6.º a 12.º do *Código de Comercio* contêm o regime patrimonial do comerciante casado⁴⁷⁶. Importa chamar a atenção para o facto de que a regulamentação comercial do *Código de Comercio* está voltada para a comunhão de adquiridos e não para a separação de bens nem para o regime de participação nos adquiridos. De facto, e ainda que os arts. 9.º a 11.º do *Código de Comercio* se refiram ao consentimento expresso do cônjuge do comerciante para vinculação dos seus bens próprios, as restantes normas que constituem o núcleo dos arts. 6.º a 12.º do mesmo código baseiam-se no regime de comunhão ao regularem a responsabilidade⁴⁷⁷ e a disposição dos bens comuns (como *gananciales* e não em compropriedade)⁴⁷⁸.

Assim, pelas obrigações contraídas pelo cônjuge comerciante no exercício do comércio⁴⁷⁹ respondem os bens próprios do cônjuge comerciante (art. 1911.º do Cód. Civil espanhol) e os bens adquiridos com os proveitos da actividade comercial (seja directamente seja pela verificação de sub-rogação real desses bens ou direitos, e independentemente do seu ulterior destino)⁴⁸⁰. Para que os restantes bens comuns sejam responsáveis é necessário o consentimento de ambos os cônjuges e para responsabilizar

⁴⁷⁶ Aquilo que surgiu no *Código de Comercio* de 1829 e 1885 como uma regulamentação especial, no domínio mercantil, relativa à capacidade da mulher casada, tornou-se em normas comerciais que estabelecem um regime económico-patrimonial matrimonial excepcional para o comerciante (Camino Sanciñena Asurmendi, *ob. cit.*, p. 7 e pp. 13 e segs.).

⁴⁷⁷ A qualificação da dívida comercial como comum ou própria do cônjuge de acordo com a previsão do Código Civil, discutível na doutrina, não terá interesse dado que os bens vinculados ao pagamento das dívidas contraídas no exercício do comércio dependem da existência de oposição por parte do cônjuge do comerciante (Camino Sanciñena Asurmendi, *ob. cit.*, p. 114, nota 288).

⁴⁷⁸ Aliás, no caso de a sociedade entre os cônjuges ser comum não será de aplicar os arts. 6.º a 12.º do *Código de Comercio*, sendo antes de considerar a existência de uma sociedade irregular, na qual os cônjuges são comerciantes e administram em comum a exploração comercial (Camino Sanciñena Asurmendi, *ob. cit.*, p. 10, nota 6).

⁴⁷⁹ Deve, portanto, tratar-se de uma obrigação contraída no exercício da actividade comercial do comerciante, independentemente da dívida ser ou não comercial. Assim, será de incluir não só as dívidas que resultam de actos de comércio, mas também as dívidas relativas ao pagamento da renda do local arrendado para o exercício do comércio, os salários dos trabalhadores, os impostos relativos ao negócio devidos ao Estado, etc. Ou seja, incluem-se todas as dívidas cuja finalidade seja o exercício da actividade mercantil ou tenham alguma conexão com ela, independentemente de se tratar de obrigações civis, fiscais ou laborais (Camino Sanciñena Asurmendi, *ob. cit.*, pp. 115 e 116, e Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida, *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Familia*, *cit.*, p. 305). Quanto à prova da comercialidade das dívidas, não contém o ordenamento jurídico espanhol uma disposição semelhante ao nosso art. 15.º do Cód. Comercial, presumindo, porém, Camino Sanciñena Asurmendi, *ob. cit.*, pp. 126 e 127, que os actos praticados pelo comerciante são realizados no exercício da sua actividade comercial, pelo que as dívidas daí decorrentes são no exercício da mesma actividade.

⁴⁸⁰ Camino Sanciñena Asurmendi, *ob. cit.*, pp. 98 e 99. Quanto aos bens adquiridos com os proveitos da actividade, põe-se, obviamente, o problema da prova, como refere Camino Sanciñena Asurmendi, *ob. cit.*, pp. 99 e 100. Inclina-se esta autora para uma presunção de comercialidade de tais bens resultantes dos proveitos da actividade comercial, sobretudo se os cônjuges vivem desse comércio.

os bens próprios do cônjuge do comerciante⁴⁸¹ é necessário o consentimento, expresso e em cada caso, deste (consentimento que, obviamente, só tem reflexos ao nível da responsabilidade dos bens e não no exercício da actividade)⁴⁸². Para evitar o tratamento diferenciado do comerciante e de outro qualquer profissional, facilita-se a responsabilidade dos bens comuns, presumindo-se outorgado o consentimento pelo cônjuge do comerciante, se o comerciante exerce o comércio com o conhecimento e sem oposição expressa daquele ou quando antes do casamento já o exercia e continuou a exercer sem oposição do outro (arts. 7.º e 8.º do *Código de Comercio*). Tratando-se de dívida contraída com o consentimento de ambos os cônjuges o *Código de Comercio* não traz qualquer inovação face ao Código Civil, onde pelas dívidas de ambos os cônjuges respondem também os bens comuns (arts. 1367.º e 1369.º do Cód. Civil espanhol). Aliás, muitas decisões jurisprudenciais limitam-se a resolver as questões colocadas por recurso apenas à lei civil, muito embora se trate também de dívidas contraídas no exercício da actividade comercial de um dos cônjuges mas com o consentimento do outro⁴⁸³.

Porém, não existindo tal consentimento, por oposição⁴⁸⁴ do cônjuge ou revogação do consentimento prestado, os bens comuns apenas respondem nos exactos termos do art. 1373.º do Cód. Civil espanhol e na falta de bens próprios do devedor comerciante e dos bens adquiridos com proveitos da actividade comercial⁴⁸⁵. A Reforma de 1981 alterou o

⁴⁸¹ Entende-se que ao prestar tal consentimento os bens próprios do cônjuge do comerciante ficam solidariamente obrigados pela dívida. Pode, porém, manifestar que limita essa responsabilidade a apenas alguns dos seus bens próprios ou que esta será apenas subsidiária. Neste sentido, Camino Sanciñena Asurmendi, *ob. cit.*, p. 196.

⁴⁸² Quanto aos requisitos deste consentimento, v., Camino Sanciñena Asurmendi, *ob. cit.*, pp. 130-148 e p. 195. O consentimento prestado pelo cônjuge para obrigar os seus bens próprios deve constar de escritura pública e estar registado. Porém, defende a autora que mesmo que tal não aconteça, o consentimento é eficaz face a terceiros e o credor pode invocá-lo, se o provar.

O cônjuge do comerciante pode efectivamente obrigar-se com o seu cônjuge ao contratarem ambos um dado negócio, ficando ambos vinculados contratualmente. É, aliás, a prática comum nos contratos bancários, onde se exige a assinatura do cônjuge para a concessão de empréstimos e crédito a pessoa casada (mesma autora e obra, p. 195, nota 501).

⁴⁸³ Camino Sanciñena Asurmendi, *ob. cit.*, pp. 142-144. López Sánchez, “La empresa mercantil y la sociedad de gananciales tras la ley de 13-5-1981”, *Revista Jurídica de Catalunya*, ano LXXXII, n.º 1, 1983, p. 596, considera que, de acordo com o art. 1362.º, 4.º, do Cód. Civil espanhol, é o património comum que deve responder definitivamente pelas dívidas comerciais de um dos cônjuges. Considera, portanto, que a dívida não só é comum a título provisório (art. 1365.º do Cód. Civil espanhol), mas também que os bens comuns, em geral, devem responder por ela a título final.

⁴⁸⁴ Para Tomás Giménez Duart, “Cargas y obligaciones...”, *loc. cit.*, p. 548, o cônjuge está, em princípio, obrigado a consentir, dado que não pode opor-se ao exercício de uma dada profissão por parte do seu cônjuge (o comércio), salvo casos excepcionais de incapacidade mental ou prodigalidade ou que impliquem a dissolução da comunhão, nos termos do art. 1393.º, 2.º, do Cód. Civil espanhol.

⁴⁸⁵ Esses bens, que respondem imediatamente pelas dívidas comerciais, não incluem depois a massa a liquidar para efeitos de determinação da meação do cônjuge devedor (caso o cônjuge do devedor exija a liquidação da comunhão, nos termos do art. 1373.º do Cód. Civil espanhol). V., Camino Sanciñena Asurmendi, *ob. cit.*, pp. 153 e 154.

Código Civil mas não mexeu no *Código de Comercio*. Aliás, o art. 1365.º do Cód. Civil espanhol faz uma expressa remissão para o *Código de Comercio*.

É, porém, difícil de compreender as razões porque se seguem critérios diferentes para regular as dívidas decorrentes do exercício normal das profissões em geral (art. 1365.º, 2.º, do Cód. Civil espanhol, e que responsabilizam todos os bens comuns) e um outro para a profissão mercantil (que apenas responsabilizam, em princípio, os bens comuns decorrentes da actividade mercantil). Pode pensar-se que se valora o facto de a empresa ser ela mesma um bem comum e que a exploração regular dos seus negócios constitui uma dívida comum, nos termos do art. 1362.º, 4.º, do Cód. Civil espanhol. Ou então que o exercício do comércio implica um risco de perda maior que o exercício de outra profissão⁴⁸⁶. Em todo o caso, e apesar da presunção do outro cônjuge para responsabilizar os bens comuns, e, assim, obter um resultado idêntico ao das restantes profissões, não parece existir fundamento para manter um regime distinto ou privilegiado para o comerciante e com prejuízo dos credores⁴⁸⁷.

Importa ainda acrescentar que não determina o art. 6.º do *Código de Comercio* qual o património que a título definitivo responde pela dívida. Solução que há-de encontrar-se na lei civil. Com efeito, dispõem os arts. 1362.º, 3.º e 4.º, e 1365.º, 2.º, do Cód. Civil espanhol, que as dívidas contraídas no exercício do comércio são dívidas pelas quais o património comum responde directamente e responde a título definitivo. Ora, isto independentemente da dívida ser ou não contraída com o consentimento do cônjuge do comerciante. Converte-se, assim, em letra morta a oposição do cônjuge do comerciante, já que com ela ou sem ela, as dívidas contraídas pelo seu cônjuge comerciante são sempre um encargo definitivo do património comum⁴⁸⁸.

Repare-se que a vantagem da al. d) do n.º 1 do art. 1691.º do nosso Cód. Civil, face à al. c) do mesmo artigo, decorre da maior protecção concedida ao credor no caso da al. d), uma vez que, ao contrário do que ocorre na al. c), o credor não tem de fazer prova do proveito comum para responsabilizar ambos os cônjuges.

Será interessante referir, a propósito da aplicação da al. d) do n.º 1 do art. 1691.º, a decisão do Assento do STJ n.º 4/94, de 26.01.1994 (*Diário da República*, n.º 69, Série I-A, de 23.03.1994), no sentido de que a dívida de restituição do sinal em dobro, por

⁴⁸⁶ Abelló Margalef, *loc. cit.*, p. 808.

⁴⁸⁷ V., L. Díez-Picazo/A. Gullón, *ob. cit.*, p. 183, que entendem que a remissão do art. 1365.º do Cód. Civil espanhol foi pensada para uma futura reforma do *Código de Comercio*. Também J. A. Díez Ballesteros, *ob. cit.*, p. 338, F. J. Gardeazábal del Río, *ob. e loc. cit.*, p. 152, e C. Saiz García, *ob. cit.*, p. 61.

⁴⁸⁸ Camino Sanciñena Asurmendi, *ob. cit.*, p. 155.

incumprimento de contrato-promessa de compra e venda de coisa imóvel, celebrado por um dos cônjuges, comerciante, no exercício da sua actividade comercial, como promitente-vendedor, é da responsabilidade de ambos os cônjuges, nos termos e com as ressalvas previstas na referida al. d) do n.º 1 do art. 1691.º. Se um dos cônjuges beneficia, presuntivamente, das vantagens da actividade comercial exercida pelo outro, deve suportar também as demais consequências, mesmo negativas. De um contrato, apesar de cumprido, podem resultar prejuízos que também seriam da responsabilidade do outro cônjuge, e, assim, não se justificaria que este não fosse responsável pelos do incumprimento, do qual poderá até advir um efeito mais favorável. Aliás, embora o facto do incumprimento possa ser imputável a um dos cônjuges, ele implica simples responsabilidade civil e, como tal, à respectiva dívida é aplicável a al. d) do n.º 1 do art. 1691.º, nos termos do disposto na parte final da al. b) do art. 1692.º⁴⁸⁹. No mesmo sentido, afastando a possibilidade de execução específica (dada a natureza da obrigação assumida que exige o consentimento do outro cônjuge – art. 1682.º-A, al. b)) e determinando que a obrigação de indemnizar decorrente do não cumprimento do contrato prometido é da responsabilidade de ambos os cônjuges, v., o ac. do STJ, de 02.10.1990 (*BMJ*, n.º 400.º, 1990, p. 598). Também o ac. da RL, de 22.04.1999 (*BMJ*, n.º 486.º, 1999, p. 359), apesar de, fundamentalmente analisar a questão processual da legitimidade, admite a responsabilização de ambos os cônjuges por dívida decorrente de incumprimento de contrato, se tiver havido consentimento do cônjuge que não se obrigou, ou se se destinou a ocorrer aos encargos normais da vida familiar ou, ainda, se foi contraída em proveito comum do casal⁴⁹⁰.

À questão das dívidas comerciais voltaremos mais adiante.

2.2.5. Arts. 1691.º, n.º 1, al. e), e 1693.º, n.º 2, do Cód. Civil

Por sua vez, a al. e) do n.º 1 do art. 1691.º consagra a comunicabilidade das dívidas previstas no art. 1693.º, n.º 2, ou seja, as dívidas que onerem doações, heranças ou legados, quando os respectivos bens tenham ingressado no património comum (nomeadamente, por os cônjuges terem estipulado o regime da comunhão geral de bens

⁴⁸⁹ Antunes Varela, *ob. cit.*, p. 406.

O referido assento do STJ n.º 4/94 tem voto de vencido no sentido de que a restituição do sinal em dobro tem um significado de sanção e não deve impor-se uma sanção pelo incumprimento do contrato a quem não se responsabilizou (o outro cônjuge).

⁴⁹⁰ V., para uma análise mais aprofundada da questão, *infra*, pp. 442 e 443.

ou uma cláusula de comunicabilidade de certos bens adquiridos a título gratuito)⁴⁹¹. A responsabilidade por estas dívidas é comum ainda que o outro cônjuge não tenha dado o seu consentimento à aceitação da liberalidade (consentimento, aliás, que é desnecessário – art. 1683.º, n.º 1). Mas o cônjuge do aceitante poderá impugnar o pagamento das dívidas com o fundamento de que o valor dos bens não é suficiente para a satisfação dos encargos, ou seja, impugna o cumprimento da dívida para além da cobertura assegurada pelo valor dos bens onerados. Nestas dívidas, previstas na referida al. e), cabem não só as obrigações em sentido estrito, mas também os encargos da liberalidade e as obrigações e ónus reais⁴⁹².

Tornou-se complicado introduzir, de forma clara, estas dívidas no Cód. Civil de 1966, atendendo a que se enumera no art. 1691.º as dívidas que responsabilizam ambos os cônjuges e no art. 1692.º as dívidas que só oneram o cônjuge que as contraiu. Ora, as dívidas em causa deveriam constar do art. 1691.º, quando rodeadas das circunstâncias capazes de as tornar comunicáveis, e do art. 1692.º, quando tais circunstâncias as tornassem incomunicáveis. Para evitar repetições desnecessárias tratam-se essas dívidas,

⁴⁹¹ Sobre o art. 1693.º, n.º 2, v., entre outros, os acs. da RL, de 18.12.1985 (*Boletim Trabalho e Emprego*, 2.ª série, n.º 5-6/88, p. 944); e da RP, de 22.01.1980 (*Col. Jurisp.*, tomo I, 1980, p. 24).

A questão da comunicabilidade das dívidas que oneram doações, heranças ou legados não era especialmente tratada à luz do Cód. de Seabra. Aliás, esta omissão era notada por Eduardo Silva Carvalho, *ob. cit.*, vol. I, p. 113, referindo que as mesmas deveriam ser tratadas em disposições especiais.

Tal como o art. 1683.º do actual Cód. Civil, o art. 1120.º do Cód. Civil de 1867 dispunha que o marido não podia repudiar herança sem consentimento da mulher, mas podia sozinho aceitar. Porém, a responsabilidade da aceitação pura, sem outorga da mulher, só responsabilizava os bens próprios do marido e a sua meação nos bens comuns (ainda que o art. 2024.º exigisse sempre o consentimento da mulher para o marido aceitar qualquer herança! A esta divergência se referia Eduardo da Silva Carvalho, *ob. cit.*, vol. I, p. 172, dando prevalência ao art. 1120.º). Por sua vez, a mulher casada não podia aceitar ou repudiar herança sem autorização do marido, e se tal aceitação fizesse não responsabilizava nem os bens comuns nem os seus bens próprios.

É interessante notar que Cunha Gonçalves, *Direitos da Família...*, *cit.*, p. 128, entendia que eram comunicáveis as dívidas que adviessem aos cônjuges quer como encargo geral dos bens que durante o casamento recebessem por sucessão ou doação e entrassem para a comunhão, quer como encargo especial de bens adquiridos a título oneroso.

⁴⁹² A comunicabilidade da dívida corresponde a um princípio elementar de equidade, ou seja, se o património comum, de afectação especial, se enriquece com a liberalidade, justo é que responda pelas dívidas correspondentes. V., Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil...*, *cit.*, p. 338.

Pela mesma razão de equidade, e como diz Antunes Varela, *ob. cit.*, pp. 403 e 404, se estende ao cônjuge que não seja beneficiário directo, mas apenas indirecto da liberalidade, a faculdade de exigir o cumprimento da responsabilidade *intra vires* consagrada nos arts. 963.º, n.º 2, 2071.º, n.ºs 1 e 2, e 2276.º, n.º 1. Aliás, e no seguimento do entendimento de Pires de Lima/Antunes Varela, *ibidem*, constituindo as dívidas um encargo da doação, herança ou legado, o direito reconhecido ao cônjuge do aceitante na parte final do n.º 2 do art. 1693.º é o prolongamento da faculdade correspondente atribuída ao beneficiário directo da liberalidade, nos termos dos arts. 963.º, n.º 2, 2071.º e 2276.º. Esta limitação estabelecida em relação aos encargos modais, assentes na vontade do autor da liberalidade, aplica-se também às dívidas resultantes da lei que onerem doação, herança ou legado feitos ao cônjuge aceitante.

assim como as previstas no art. 1694.º, em artigos diferentes (arts. 1691.º, n.º 1, al. e), e 1693.º, n.º 2; arts. 1692.º, al. c), e 1694.º, n.º 2).

2.2.6. Art. 1691.º, n.º 3, do Cód. Civil. Referência ao antigo n.º 4 do mesmo art. 1691.º

O preceito do n.º 3 do art. 1691.º parece, à primeira vista, uma inutilidade, visto que, sendo o proveito comum do casal um dos elementos constitutivos da responsabilização de ambos os cônjuges no sector das dívidas abrangidas na al. c) do n.º 1 do mesmo artigo, ao demandante incumbiria sempre, de harmonia com os princípios gerais em matéria do ónus da prova (cfr. o art. 342.º), não só alegar como provar a existência desse requisito⁴⁹³. Há, todavia, que destacar a presunção que se continha no art. 15.º do Cód. Comercial. Foi, sobretudo, atendendo à presunção de proveito comum que aí se estabelecia que o n.º 3 foi pensado. Actualmente, poderá encontrar-se-lhe utilidade tendo em atenção a presunção implícita na al. d) do n.º 1⁴⁹⁴.

O Cód. Civil de 1966 fixava no n.º 4 do art. 1691.º, como encargo normal da vida familiar específico, a prestação de alimentos aos “descendentes legítimos comuns, ou de anterior casamento de qualquer dos cônjuges, e aos filhos ilegítimos perfilhados ou reconhecidos judicialmente antes do casamento (...) ainda que o alimentado viva em economia separada”. É no anteprojecto de Braga da Cruz que aparece uma referência expressa às dívidas alimentares, reconduzindo-as a encargos normais da vida familiar e fixando um critério para determinar quando é que essas dívidas deveriam considerar-se encargo normal da vida familiar e, portanto, da responsabilidade de ambos os cônjuges, e quando não se consideravam como tal, ficando, neste caso, a cargo do cônjuge obrigado⁴⁹⁵. Esse critério assentava na convivência do alimentado com os cônjuges, em

⁴⁹³ A. Lopes Cardoso, *A Administração dos Bens...*, cit., 203-209, “Alguns aspectos das dívidas dos cônjuges...”, loc. cit., pp. 111 e 112, e “Alguns aspectos das dívidas comerciais...”, loc. cit., pp. 418-422, entende que teria havido motivo para o n.º 3 referido no texto se o legislador tivesse querido revogar presunções previstas noutras leis, devendo então referir que o proveito comum nunca se presume. Todavia, estabelece essa regra mas logo de seguida admite excepções. Defende o autor que o facto de admitir excepções expressas contém a prova da inutilidade da regra.

⁴⁹⁴ É evidente que, e como entendemos, se a al. d) do n.º 1 do art. 1691.º desaparecer, por nela não se encontrar qualquer razão ou fundamento, deverá proceder-se também à eliminação do n.º 3 do mesmo artigo, passando a vigorar a regra geral do art. 342.º.

⁴⁹⁵ Braga da Cruz, “Capacidade patrimonial dos cônjuges...”, loc. cit., pp. 393-396. Afastou-se o autor das soluções dos Cód. Civis francês (anterior redacção dos arts. 220.º e 1409.º) e italiano (art. 223.º anterior à Reforma de 1975), que considerou de âmbito excessivo, e do Cód. Civil espanhol (anterior art. 1408.º e actual art. 1362.º, 1.º, § 2.º - que continua a fazer a distinção entre filhos comuns e filhos de um só dos cônjuges, ainda que a diferenciação incida sobre o facto de viverem na mesma casa ou não), com solução demasiado estreita, no entendimento do autor. V. também, Tavarela Lobo, “Temas jurídicos. Discussão e soluções no novo

comunhão de mesa e habitação. Teria sempre de atender-se que são encargos normais da vida familiar as despesas feitas com o “passadio das pessoas que vivem com os cônjuges sob a mesma economia doméstica”, e isto independentemente de saber se tais pessoas tinham ou não direito a alimentos, no sentido da lei. Se os cônjuges tinham consigo em comunhão de mesa e habitação, filhos de outro leito (legítimos ou não, perfilhados ou não), outros parentes ou até estranhos a quem se sentem no dever moral de alimentar, a despesa entrava no âmbito dos encargos normais da vida familiar e, por isso, responsabilizaria ambos os cônjuges, mesmo que só de um deles proceda.

O problema da comunicabilidade das dívidas alimentares só verdadeiramente se colocava quando o alimentado não vivia em comunhão de mesa e habitação com os cônjuges, isto é, quando a obrigação se traduzia no pagamento efectivo de uma quantia em dinheiro para o alimentado, vivendo em economia separada, prover ao seu sustento, alimentação, vestuário ou educação. Neste caso, era encargo normal da vida familiar a prestação de alimentos a quaisquer descendentes legítimos, quer comuns quer de anterior matrimónio de um dos cônjuges, bem como a filhos ilegítimos de qualquer um deles, perfilhados antes do casamento. Já não seria, por outro lado, encargo normal da vida familiar, a prestação de alimentos a quaisquer outras pessoas, se o alimentado vivesse em economia separada⁴⁹⁶.

A Reforma de 1977 eliminou o referido n.º 4, pois o tratamento discriminatório que nessa disposição se adoptava repugnava ao princípio constitucional da igualdade dos filhos (art. 36.º, n.º 4, da CRP)⁴⁹⁷.

2.2.7. Art. 1694.º do Cód. Civil

São também da responsabilidade comum de ambos os cônjuges as dívidas previstas no art. 1694.º, n.ºs 1 e 2, *in fine*. Aí se fixam duas regras: as dívidas que oneram bens

Código Civil”, *RDES*, ano XVI, n.º 1-2, 1969, pp. 286 e segs., que inclui numa orientação de igual modo mais ampla, o § 1604.º, 2.ª parte, do BGB. De facto, o § 1604.º do BGB, fixando como critério o parentesco e a obrigação de alimentos que cabe a cada um dos cônjuges, estende essa obrigação ao património comum.

⁴⁹⁶ Taveira Lobo, *loc. cit.*, p. 288, defendia que deveria ser considerado como encargo normal da vida familiar, para efeitos do n.º 4 do art. 1691.º, a obrigação alimentar aos ascendentes.

⁴⁹⁷ M.ª Leonor Beza, *Direito da Família*, policopiado, AAFDL, Lisboa, 1979, p. 78, refere que, perante a revogação da disposição, o regime será o seguinte: os alimentos a descendentes comuns são sempre devidos por ambos os cônjuges, quer vivam todos em comunhão ou não, por força do art. 2009.º, n.º 1, al. b), relativo a alimentos; se se trata de descendentes não comuns, o cônjuge do progenitor só será co-responsável pelos alimentos se a dívida for comum por outra razão, nomeadamente, por o alimentado viver em comum com os cônjuges e, portanto, se tratar de encargo normal da vida familiar, sem esquecer também a obrigação que decorre para o padrasto ou madrasta no art. 2009.º, n.º 1, al. f).

comuns⁴⁹⁸ responsabilizam ambos os cônjuges; as dívidas que oneram bens próprios são da exclusiva responsabilidade do cônjuge titular desses bens. Quanto às primeiras, o regime é o mesmo quer as dívidas sejam anteriores ou posteriores ao casamento, a fim de evitar que os credores das dívidas anteriores sejam prejudicados nas suas expectativas, pois contariam, naturalmente, com a responsabilidade dos bens por inteiro, para a realização do seu crédito, e não apenas com a agressão ao direito a uma quota ideal desses bens⁴⁹⁹, dado os bens, próprios no momento da contracção da dívida, passarem a ser bens comuns em virtude do regime de bens estipulado no casamento⁵⁰⁰.

Como refere Pamplona Corte-Real, é exigível, para aplicação do art. 1694.º, n.º 1, uma conexão especial, em termos de existência de um direito real de garantia ou de uma cláusula modal, entre a dívida e o bem comum atingido⁵⁰¹.

Importa referir, a este propósito, o ac. do STJ, de 11.12.2001 (*Col. Jurisp. (STJ)*, tomo III, 2001, p. 143). Tratava-se de uma dívida hipotecária contraída por ambos os cônjuges para aquisição de um bem comum. Por efeito da partilha decorrente do divórcio foi adjudicado o bem hipotecado ao ex-cônjuge marido que assumiu o pagamento do empréstimo. Porém, entendeu o STJ que a partilha em processo de inventário que abarque um bem imóvel adquirido por ambos os cônjuges, por recurso ao crédito garantido por hipoteca, não determina uma modificação subjectiva do crédito hipotecário, subsistindo ambos os devedores vinculados ao respectivo pagamento. De facto, o trânsito em julgado da sentença homologatória da partilha apenas produz efeitos internos, para este fim, não vinculando o credor hipotecário, salvo se este tivesse dado o seu expresso consentimento à transmissão da dívida, nos termos do art. 595.º, n.º 2, do Cód. Civil. Portanto, não havendo consentimento expresso, para ocorrer a transmissão singular de um dos co-devedores originários ao outro, ambos os ex-cônjuges continuam obrigados ao pagamento da dívida. Dado não ser já de aplicar as normas reguladoras da responsabilidade por dívidas do casal, uma vez que o casamento foi dissolvido por divórcio, será por recuso às regras gerais que se determinará o tipo de responsabilidade. Ou seja, dado que a obrigação resultante de mútuo hipotecário é comercial (arts. 100.º e

⁴⁹⁸ Será, p. ex., o caso de rendas de empréstimo contraído com hipoteca devidas a terceiro por virtude de um imóvel comum ou impostos relativos a imóveis comuns.

⁴⁹⁹ Braga da Cruz, “Capacidade patrimonial dos cônjuges...”, *loc. cit.*, p. 404.

⁵⁰⁰ Como refere Pamplona Corte-Real, *ob. cit.*, p. 43, a protecção dos credores face a uma dívida contraída por um dos cônjuges antes do casamento, celebrado em regime de comunhão geral de bens e sem ser em proveito comum (art. 1691.º, n.º 2), permite a responsabilização dos bens comuns, nos termos dos arts. 1694.º, n.º 1, e 1695.º, n.º 1, e não apenas a possibilidade de executar os bens elencados no n.º 2 do art. 1696.º.

⁵⁰¹ Pamplona Corte-Real, *ob. cit.*, p. 43.

362.º do Cód. Comercial) os respectivos co-obrigados (e ex-cônjuges) respondem solidariamente pela dívida do empréstimo⁵⁰².

No direito italiano, são dívidas comuns, pelas quais respondem os bens comuns, as previstas no art. 186.º do Cód. Civil italiano (“*I beni della comunione rispondono: a) di tutti i pesi ed oneri gravanti su di essi al momento dell’acquisto; b) di tutti i carichi dell’amministrazione; c) delle spese per il mantenimento della famiglia e per l’istruzione e l’educazione dei figli e di ogni obbligazione contratta dai coniugi, anche separatamente, nell’interesse della famiglia; d) di ogni obbligazione contratta congiuntamente dai coniugi*”). A responsabilidade dos bens comuns funda-se ora nos bens objecto da comunhão (als. a) e b) do art. 186.º) ora na natureza da obrigação contraída (als. c) e d) do mesmo artigo).

Quanto às dívidas que oneram bens comuns, a al. a) do art. 186.º do Cód. Civil italiano dispõe que respondem os bens comuns pelas dívidas relativas aos encargos e onerações (*pesi ed oneri*) que pesam sobre os bens comuns no momento da sua aquisição, ou seja, se os bens que ingressarem na comunhão estiverem onerados com qualquer encargo, os bens comuns (todos e não apenas os onerados) respondem por ele.

Relativamente a estas dívidas que oneram os bens comuns, é discutido na doutrina se esta oneração exige um vínculo real, em sentido restrito (como o penhor, hipoteca, privilégios especiais... ou qualquer outro vínculo de natureza pública, como resultante de um plano regulador)⁵⁰³, ou, em sentido contrário, se se trata de uma qualquer obrigação *propter rem* onerando o bem no momento da aquisição⁵⁰⁴. Entendem estes

⁵⁰² Também neste sentido se pronunciou Joel Timóteo Ramos Pereira, "Dívidas hipotecárias de ex-cônjuge: extinguem-se ou permanecem após a partilha?", in *www.verbojuridico.net*, aconselhando, para evitar situações desagradáveis, que, extrajudicialmente ou por expressa menção no processo de inventário, seja obtido do credor hipotecário a ratificação e o consentimento expresso da transmissão da dívida hipotecária apenas para um dos ex-cônjuges, com exoneração do outro. Também Antoinette Gosselin, "Sûretés entre époux", in AAVV, *Les contrats entre époux*, sob a direcção de Jean Louis Jeghers, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 340-347, a propósito de um acordo realizado pelos cônjuges no processo de divórcio, no sentido de que o pagamento do empréstimo hipotecário de um imóvel ficaria a cargo de um dos ex-cônjuges, considera que o credor, porque normalmente os cônjuges obrigaram-se solidariamente face ao Banco, pode exigir o pagamento a qualquer um dos ex-cônjuges, se não teve uma intervenção no acordo. Pode, porém, o ex-cônjuge que não estava obrigado a tal pagamento, por força do referido acordo, exigir o devido reembolso ao ex-cônjuge obrigado. V. também, nesse sentido, F. Lucet/B. Vareille, "Régimes matrimoniaux", *RTDC*, ano 92.º, n.º 1, 1993, pp. 185-187.

⁵⁰³ Como defende Gianfranco Palermo, "Obbligazioni solidali nell’interesse della famiglia?", *Rivista del Notariato*, ano XXXIII, I, 1979, p. 494.

⁵⁰⁴ Cian/Villani, *loc. cit.*, p. 371, Santosuosso, *Commentario del Codice Civile. Delle persone e della famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia*, *cit.*, p. 276, e *Beni ed attività economica...*, *cit.*, p. 162, Mastropaolo/Pitter, *ob. e loc. cit.*, pp. 237 e 238, De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia...*, *cit.*, p. 607, e *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato...*, *cit.*, p. 692, L. Barbiera, *ob. e loc. cit.*, p. 558, Gabrielli/Cubeddu, *ob. cit.*, pp. 163 e 164, L. Bruscutta, *ob. e loc. cit.*, pp. 321-324,

últimos que a referência à existência de um vínculo real em sentido restrito torna a norma da al. a) do art. 186.º do Cód. Civil italiano supérflua dado que, na falta dessa disposição, estar-se-ia a dizer que o credor hipotecário de um bem adquirido por apenas um dos cônjuges não podia reagir contra a meação do outro cônjuge para pagamento do seu crédito. Tratar-se-ia de um bem comum onerado com uma hipoteca que apenas responsabilizaria o cônjuge que a contraiu, o que, obviamente, prejudicaria o credor (p. ex., uma aquisição de um apartamento com mútuo hipotecário: o bem onerado com a hipoteca seria comum mas a obrigação de pagamento seria uma dívida pessoal do cônjuge que a contraiu). Ora, o direito do credor hipotecário não pode apenas restringir-se, como no caso de dívidas próprias, à meação do cônjuge que contraiu a dívida⁵⁰⁵. Por isso, mesmo que a al. a) do art. 186.º do Cód. Civil italiano nada dissesse, tratando-se de um vínculo real em sentido restrito, o resultado seria o mesmo (o bem comum em causa, onerado com o vínculo real, responderia).

Assim, e de acordo com a concepção dominante, a al. a) do art. 186.º do Cód. Civil italiano refere-se a toda a obrigação *propter rem* onerando um bem comum no momento da sua aquisição (p. ex., as dívidas relativas às despesas de administração e manutenção ordinárias de um bem onerado com um usufruto, as dívidas relativas às despesas de conservação da coisa comum em compropriedade, o pagamento à sociedade por acções do montante ainda devido quando haja aquisição de acções apenas pagas parcialmente no momento da aquisição...)⁵⁰⁶.

Por estas dívidas respondem os bens comuns, ou seja, não apenas o bem onerado com a obrigação, mas todos os bens que integram a comunhão. Constituiu, portanto, uma garantia para o credor que pode executar todo o património comum. Como refere L. Bruscutti, pode questionar-se o porquê do legislador responsabilizar os bens

Ugo Minneci, *ob. e loc. cit.*, p. 347, Bruno de Filippis, *ob. cit.*, p. 283. Sobre esta questão, v., M. Gionfrida Daino, *ob. cit.*, p. 34, e Enrico Quadri, “Obblighi gravanti sui beni...”, *ob. e loc. cit.*, p. 767.

⁵⁰⁵ Mastropaolo/Pitter, *ob. e loc. cit.*, p. 237, consideram que isso colocaria o cônjuge que não contraiu a dívida, e, portanto, é estranho ao acto, mas não é estranho à aquisição, pois participa no bem, na posição de terceiro adquirente, nos termos do art. 2808.º do Cód. Civil italiano.

⁵⁰⁶ C. M. Bianca, *ob. cit.*, p. 92, e nota 109, inclui o preço como um dos encargos que oneram o bem, evitando, assim, que a comunhão se aproprie do bem, diminuindo o património responsável pela dívida com que o credor podia contar. Contra, De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia...*, *cit.*, p. 607, e *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato. cit.*, p. 692, apesar de também não considerar a dívida como pessoal do cônjuge adquirente, e M. Morelli, *ob. cit.*, p. 119, considerando que não se trata de um encargo real sobre o bem e, por isso, não responsabiliza a comunhão, nos termos do art. 186.º, al. a), do Cód. Civil italiano. Também contra, L. Barbiera, *ob. e loc. cit.*, p. 559, sem prejuízo de se considerar também da responsabilidade dos bens comuns, nos termos das als. c) ou d) do art. 186.º do Cód. Civil italiano. A não ser assim, gerar-se-ia uma situação de favor dos credores que venderam bens face aos credores que prestaram certos serviços (cuja comunicabilidade da dívida só pode ocorrer nos termos das referidas als. c) ou d)).

comuns nesses casos⁵⁰⁷. Ou seja, tratando-se de obrigação *propter rem*, para além do bem onerado, em caso de alienação deste, há responsabilidade solidária do devedor, nos termos gerais (art. 2740.º). Ora, se apenas um dos cônjuges contraiu a dívida, para além do bem onerado, poderia apenas responder o património próprio do devedor. Porém, o legislador entendeu que em vez de obrigar o credor a executar o património próprio do devedor, como seria se a dívida em causa não fosse comum, melhor seria obrigar logo o bem onerado e os bens comuns. Trata-se, assim, de uma oneração real que se distingue da normal obrigação *propter rem*.

Pode duvidar-se da necessidade sentida pelo nosso legislador de tutelar, no art. 1694.º, n.º 1, o interesse destes especiais credores, quando o mesmo receio seria justificável em relação a todas as dívidas pessoais anteriores ao casamento, a todos os credores dos nubentes que casam em comunhão geral e ficam sem bens próprios para garantir as suas dívidas⁵⁰⁸. Julgamos que o regime especial concedido a estas dívidas prende-se com a conexão existente em relação a um determinado bem, ou seja, o bem é a garantia do pagamento da dívida. Parece-nos que a garantia dos credores estará não no âmbito da responsabilidade pessoal de ambos os cônjuges, mas no campo da responsabilidade patrimonial. Ou seja, mesmo considerando as dívidas anteriores ao casamento (ou à comunicação dos bens) como próprias do cônjuge devedor, os credores podem responsabilizar, além do próprio bem em causa onerado com uma garantia, e não havendo bens próprios, os bens comuns levados para o casamento, nos termos do art. 1696.º, n.º 2, al. a). Além disso, pode também o credor, e na falta destes bens, executar a meação do cônjuge devedor (art. 1696.º, n.º 1, 2.ª parte).

Em todo o caso, e de acordo com o art. 1694.º, o credor terá sempre a possibilidade de executar o bem onerado em causa, além de poder responsabilizar os bens comuns (no caso de a dívida ser comum) e os bens próprios do seu devedor (se a dívida for própria).

Uma última nota a propósito da expressão “bens comuns” do n.º 1 do art. 1694.º. Será de limitar esta expressão aos bens comuns em sentido rigoroso, ou seja, como os bens que integram o património comum nos regimes de comunhão? Admitindo que a intenção do legislador foi proteger os credores que têm uma garantia sobre um dado bem (estendendo essa garantia sobre um dado bem à responsabilidade sobre todos os bens comuns), será de incluir nessa hipótese os bens de ambos os cônjuges mesmo em compropriedade, abrangendo, assim, os bens que ambos adquiriram antes do casamento

⁵⁰⁷ L. Brusculgia, *ob. e loc. cit.*, p. 324.

⁵⁰⁸ Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 458.

e que estavam onerados com uma dívida e os bens adquiridos pelos cônjuges casados em regime de separação de bens? O problema estará nas situações de compropriedade: enquadram-se no n.º 1 ou no n.º 2 do art. 1694.º?

Pense-se o caso, muito frequente na vida de um casal, de aquisição, por recurso a empréstimo bancário com hipoteca, de um imóvel antes do casamento por ambos os nubentes e que constituirá a casa de morada da família. Independentemente de a dívida de pagamento das prestações poder ser comum por recurso ao art. 1691.º, n.º 1, al. b), parece-nos ser de incluir esta hipótese no art. 1694.º, dado que se trata de dívida que onera um bem pertencente a ambos os cônjuges. A dúvida reside em saber se no seu n.º 1 ou no n.º 2. Parece-nos que ao falar em bens comuns o legislador quis reportar-se ao património comum, pelo que o bem em compropriedade é um bem próprio de cada um dos cônjuges. Sendo assim, a posição do credor, que o legislador procurou acautelar, varia consoante a contracção da dívida foi um dia antes ou um dia depois do casamento celebrado no regime supletivo de comunhão de adquiridos, sendo a matéria de facto a mesma. Se foi antes do casamento a dívida onerará um bem próprio de ambos os cônjuges, pelo que responde pela mesma, além do bem onerado com a hipoteca, os bens próprios de ambos os cônjuges comproprietários do bem, conjunta ou solidariamente, conforme se obrigaram, nos termos dos arts. 1694.º, n.º 2, e 1696.º, n.º 1. Se foi depois do casamento, pode o credor, demonstrando a comunicabilidade da dívida, executar a totalidade dos bens comuns e solidariamente os bens próprios dos cônjuges. Tem neste último caso uma garantia acrescida dado que pode executar todos os bens comuns (arts. 1694.º, n.º 1, e 1695.º, n.º 1).

Parece-nos uma desigualdade de tratamento que não se justifica. Aliás, a protecção conferida a estes credores, e como já referimos, não tem grande justificação, melhor sendo permitir ao credor executar o bem onerado, e que constitui a sua garantia, e os bens próprios do seu(s) devedor(es), que podem ser ambos os cônjuges se conjunta ou solidariamente assumiram a dívida (como quaisquer outras pessoas podem contrair dívidas conjunta ou solidariamente), e sem prejuízo das eventuais compensações ou créditos entre cônjuges que possam surgir⁵⁰⁹. Além disso, será essa a situação existente na prática. Com efeito, tendo um credor uma garantia sobre um bem e que constitui título executivo, podendo imediatamente executar a garantia ou penhorar o bem, além de exigir o pagamento aos seus devedores (os cônjuges), subsidiariamente, não tem

⁵⁰⁹ Além de, provando-se o proveito comum ou a despesa da vida familiar, a dívida poder ser comum por força do art. 1691.º, n.º 1, als. b) e/ou c).

sentido que opte por intentar uma acção declarativa, com o objectivo de demonstrar a comunicabilidade da dívida, e só depois executar os bens comuns, incluindo, se for o caso, o bem hipotecado. Além de mais moroso é também processualmente mais dispendioso a nível de custas judiciais. O que nada interessa ao credor! O que, à partida, poderia beneficiar o credor, permitindo-lhe uma maior garantia do que aquela que teria se a dívida não fosse contraída por cônjuges, já que pela dívida podiam responder os bens comuns, revela-se, na prática, sem grandes resultados.

No direito italiano, a comunhão responde também pelos encargos que oneram os bens comuns no momento da sua aquisição. Os encargos constituídos depois responsabilizam, em princípio, os bens próprios do cônjuge que contraiu a dívida (salvo se se incluírem nas als. b) e/ou d) do art. 186.º do Cód. Civil italiano). Assim, quando um bem imóvel, no momento da aquisição, e integrando a comunhão, está onerado com uma hipoteca, a dívida em causa será comum. Se, pelo contrário, o bem no momento da aquisição é livre, não estando onerado com qualquer hipoteca, a constituição ulterior de uma hipoteca voluntária constituiu um acto de administração extraordinária e, por isso, se contraído por um dos cônjuges sem a colaboração do outro, só a esse obriga, tratando-se de uma dívida própria (art. 189.º, 1.º, do Cód. Civil italiano)⁵¹⁰. Ou seja, o credor hipotecário, além do bem (que será comum) onerado com a hipoteca constituída por um só dos cônjuges, apenas pode executar bens próprios do cônjuge que contraiu a hipoteca (salvo se o credor exigiu que ambos os cônjuges assumissem a obrigação, como é frequente na prática bancária). Idêntico regime defendemos para o nosso Cód. Civil nesta matéria. Toda esta problemática leva-nos, mais uma vez, a questionar o regime de articulação entre o regime da responsabilidade por dívidas e o regime de

⁵¹⁰ Gabrielli/Cubeddu, *ob. cit.*, p. 164, entende que a dívida poderá nesse caso ser comum, nos termos da al. d) do art. 186.º do Cód. Civil italiano. L. Brusciuglia, *ob. e loc. cit.*, p. 325, entende, por outro lado, que a dívida prevista na al. d) é uma dívida contraída conjuntamente pelos cônjuges e não uma dívida contraída por um dos cônjuges em relação a um bem que integra a comunhão. Pode, ainda assim, a dívida ser comum, de acordo com as regras relativas aos actos de administração (se forem praticados por um ou ambos os cônjuges), nos termos do art. 189.º, 1.º, do Cód. Civil italiano, em ligação com a al. d) do art. 186.º do mesmo código, se, tratando-se de acto de administração extraordinária, houver consentimento do outro cônjuge. V. também, Schlesinger, *ob. e loc. cit.*, sob a direcção de Carraro/Oppo/Trabucchi, p. 429, Corsi, *ob. cit.*, p. 158, nota 10, Santossuoso, *Commentario del Codice Civile. Delle persone e della famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia*, *cit.*, p. 276, De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia...*, *cit.*, p. 608, e *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato...*, *cit.*, p. 693 (entendendo que a constituição do encargo, quando voluntária, implica o respeito das regras da administração – art. 180.º do Cód. Civil italiano –, e estendendo, assim, também aos encargos constituídos depois da aquisição), M. Morelli, *ob. cit.*, p. 118 (para quem deve incluir-se na al. a) os encargos que se constituíram sobre o bem depois da sua aquisição), Patrizia di Martino, *ob. e loc. cit.*, p. 215 (defendendo uma interpretação extensiva, no sentido de admitir a responsabilidade dos bens comuns pelos encargos que oneram bens comuns não só no momento da aquisição como depois dela), e Bruno de Filippis, *ob. cit.*, p. 284 (considerando que a dívida pode ser comum como encargo de administração, nos termos da al. b)).

administração dos bens do casal no direito português. De facto, a dívida poderá ser comum nos termos do art. 1694.º, n.º 1, mesmo que não haja consentimento dos dois cônjuges para a oneração do bem em causa, como é exigido pelo art. 1682.º-A.

A protecção aos credores que tenham um crédito sobre um bem está também consagrada no art. 1370.º do Cód. Civil espanhol.

Não se tratando apenas de bens comuns onerados com garantias reais, o ordenamento espanhol prevê no § 2.º do art. 1362.º do Cód. Civil espanhol que são um encargo da comunhão as dívidas relativas à aquisição, manutenção e utilização dos bens comuns.

Os gastos com a aquisição dos bens comuns são comuns, atendendo ao art. 1347.º, 3.º, do Cód. Civil espanhol, que considera comuns os bens adquiridos a título oneroso à custa de valores comuns. Incluem-se nestes gastos de aquisição não só o preço, como as despesas com a escritura, as comissões de agentes imobiliários, impostos, etc.⁵¹¹.

Por outro lado, nas dívidas relativas à manutenção e utilização dos bens comuns incluem-se as de impostos, os gastos de administração, reparações (de maior ou menor amplitude), as despesas que visam a produção de frutos, etc. Ou seja, todas as dívidas resultantes da conservação, em valor e frutificação, dos bens, sempre que sejam adequadas ou convenientes a esse fim e estejam conformes com o carácter, destino e natureza do bem. Entende-se que as dívidas decorrentes da disposição de bens comuns são também comuns, havendo uma omissão do § 2.º do art. 1362.º sobre esta matéria. Se assim não for, essas despesas recaem sobre os patrimónios próprios o que não terá sentido⁵¹².

⁵¹¹ M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, p. 1667, e Yolanda Bustos Moreno, *ob. cit.*, pp. 245 e segs. Esta última autora (pp. 243-245), considera que a aquisição pode ser onerosa ou gratuita. Todavia, se for gratuita a dívida só será comum se a aquisição for a favor de ambos os cônjuges, ou seja, do património comum. Se se tratar de aquisição de um bem próprio do cônjuge estará fora do art. 1362.º do Cód. Civil espanhol. Quanto aos direitos reais de garantia, como a constituição de uma hipoteca, o seu carácter de dívida comum ou própria depende da utilização a dar à dívida que assegura. P. ex., se um cônjuge contraiu um empréstimo hipotecário para aquisição de uma casa, se esta for comum então o pagamento do empréstimo e da hipoteca será comum. Caso contrário será próprio (v., em sentido diferente, o art. 186.º, al. a), do Cód. Civil italiano). Estes gastos com a aquisição da casa (o pagamento do empréstimo) devem distinguir-se, segundo a autora, do pagamento das rendas no caso da casa de morada da família ser arrendada, pois esta dívida constitui necessidade da vida familiar, integrando o § 1.º do art. 1362.º do Cód. Civil espanhol (pp. 246 e 247). Quanto ao nosso ordenamento jurídico, temos opinião diversa da autora, já que parece-nos que não há razão para distinguir as prestações de um empréstimo bancário pagas mensalmente pelos cônjuges para aquisição de uma casa e as rendas de uma casa arrendada, para efeitos de encargos normais da vida familiar. Quer umas quer outras, e independentemente da eventual subsunção a outra norma legal, parecem integrar a previsão do art. 1691.º, n.º 1, al. b).

⁵¹² M. A. Rueda Pérez/J. M. Rueda Pérez, *loc. cit.*, p. 577, M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, p. 1668, e Yolanda Bustos Moreno, *ob. cit.*, pp. 253-255. Fátima Yáñez Vivero, “Deudas de un solo cónyuge...”, *loc. cit.*, p. 556, afirma que não se compreende bem a intenção do legislador, dado que é razão suficiente para, também ao nível da responsabilidade interna, responderem os bens comuns pelo cumprimento de dívidas derivadas da disposição de bens comuns o facto de o cônjuge que pratica o acto de disposição estar para isso legitimado por lei ou convenção matrimonial.

Por sua vez, o art. 1370.º do Cód. Civil espanhol fixa um especial regime de responsabilidade ao dispor que, no caso de aquisição a prestações de um bem comum adquirido por um dos cônjuges sem consentimento do outro, responde pela dívida o bem adquirido, sem prejuízo dos outros bens segundo as regras do Cód. Civil. Portanto, deve tratar-se da aquisição, por compra a prestações, de um bem comum (arts. 1356.º e 1361.º do Cód. Civil espanhol). Depois, a aquisição deve dar-se no decurso do casamento. Finalmente, a aquisição deve ser realizada por um dos cônjuges sem o consentimento do outro (se existisse, a dívida caberia no art. 1367.º do Cód. Civil espanhol), ou seja, não só no caso de ignorância do outro cônjuge, mas também no caso de oposição expressa ao negócio de aquisição (ainda que esta não seja necessária)⁵¹³. Neste caso, a dívida circunscreve-se, portanto, ao pagamento das prestações do preço e o regime da responsabilidade previsto no art. 1370.º do Cód. Civil espanhol é a esta dívida que se refere (à qual devem incluir-se também os juros ou qualquer outro gasto acessório daquela dívida).

O artigo em causa refere que o bem adquirido responderá sempre por essa dívida. Não se trata, porém, de um privilégio concedido ao credor da compra a prestações face aos outros credores, diferentemente do que decorre do art. 1922.º, 1.º, do Cód. Civil espanhol, nem a atribuição de um direito real de garantia (penhor, hipoteca...), que seria incompatível com o sistema de publicidade legal (arts. 1865.º e 1875.º do Cód. Civil espanhol). O que o legislador faz é simplesmente indicar o bem pelo qual o credor pode obter o seu pagamento: o bem adquirido, que é comum, mas não o resto do património comum (caso contrário, não teria sentido a especificação em causa).

Acrescenta o art. 1370.º do Cód. Civil espanhol “sem prejuízo da responsabilidade de outros bens”. Se esta referência se entender no sentido de que se trata de uma dívida comum, prevista no art. 1362.º, 2.º, do Cód. Civil espanhol, pela qual respondem solidariamente os bens comuns e os próprios do cônjuge devedor⁵¹⁴, não teria o artigo

⁵¹³ Lledó Yagüe, *et alii*, *ob. cit.*, p. 247. Deve exigir-se um consentimento expreso, nos mesmos termos que no art. 1367.º do Cód. Civil espanhol (M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, p. 1726).

Mata Pallares, *loc. cit.*, p. 343, chama a atenção de que o meio normal utilizado pelo vendedor será uma acção por incumprimento e, nesse caso, tudo que o cônjuge comprador já pagou do preço ou indemnizações de danos e prejuízos são da sua exclusiva responsabilidade por ser ele o obrigado ao cumprimento.

Numa outra perspectiva, a propósito de uma acção de anulação de um acto praticado por um dos cônjuges sem o consentimento do outro (art. 1322.º do Cód. Civil espanhol), entende M.ª Eugenia Rodríguez Martínez, *ob. cit.*, pp. 341-345, que a restituição ou indemnização resultante da acção de anulação para com o terceiro comprador responsabiliza apenas o património próprio do cônjuge vendedor, sem prejuízo de uma eventual responsabilidade do património comum na parte em que se tenha enriquecido.

⁵¹⁴ Neste sentido, Tomás Giménez Duart, “Cargas y obligaciones...”, *loc. cit.*, pp. 546 e 547, J. Fernández Villa, *loc. cit.*, p. 696, López Liz, *Bienes inmuebles y sociedad conyugal*, Barcelona, Bosch, 1998, pp. 183-185, F. J. Gardeazábal del Río, *ob. e loc. cit.*, p.

em causa qualquer utilidade. Assim, entende-se que o art. 1370.º do Cód. Civil espanhol visa introduzir uma correcção ao art. 1369.º, no sentido de que em vez de responderem os bens comuns, apenas responde o bem comum adquirido a prestações, mantendo-se a responsabilidade solidária, com este, dos bens próprios do cônjuge adquirente e devedor⁵¹⁵. Ou, numa outra perspectiva, a dívida integra o art. 1373.º do Cód. Civil espanhol, com a ressalva (e, por isso, não é dívida própria) de o credor poder executar o bem comum adquirido sem esgotar os bens próprios do devedor⁵¹⁶.

É evidente que o art. 1370.º do Cód. Civil espanhol é uma norma favorável ao cônjuge que não deu o consentimento para a compra a prestações e desfavorável ao credor que deixa de ter a protecção conferida pelo art. 1369.º do Cód. Civil espanhol. Entende-se, todavia, que deve fazer-se uma interpretação restritiva deste art. 1370.º, não o aplicando no caso de compras que se incluam no âmbito do exercício do governo doméstico (arts. 1319.º, 1369.º, 1.º, e 1368.º do Cód. Civil espanhol). Repare-se que no exercício do poder doméstico nenhum dos cônjuges carece do consentimento do outro para responsabilizar os bens comuns (cfr. o art. 1365.º, 1.º, do Cód. Civil espanhol)⁵¹⁷.

154, e Carlos Lasarte, *ob. cit.*, p. 239, encontrando a utilidade do art. 1370.º do Cód. Civil espanhol no facto de declarar a especial afectação do bem adquirido ao pagamento da dívida, relacionando-se com o art. 1362.º, 2.º, do Cód. Civil espanhol. Parece também defender esta posição Francisco Castro Lucini, *Temas de Derecho de Familia*, Madrid, Agisa, 1989, p. 157, ao dizer que, além do bem em causa, respondem os bens comuns e os bens próprios do cônjuge adquirente. J. Fernández Villa, *loc. cit.*, pp. 700 e 701, entende que a expressão “*responderá siempre el bien adquirido*” do art. 1370.º refere-se ao comportamento que possa ter o cônjuge do comprador: aprove a aquisição (e a dívida cairia no art. 1367.º do Cód. Civil espanhol), ignore-a (e a actuação do comprador responsabilizaria os bens nos termos dos arts. 1362.º e 1369.º do Cód. Civil espanhol) ou oponha-se a ela (pelo que a dívida seria própria e responderiam os bens nos termos do art. 1373.º do Cód. Civil espanhol). Com o advérbio “sempre” a lei prescinde destas hipóteses e, em qualquer delas, o bem adquirido responde pela dívida em causa.

⁵¹⁵ Solução que constava do projecto de 1978. V., M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, p. 1730. Yolanda Bustos Moreno, *ob. cit.*, p. 251, apresenta ainda uma outra posição, ao dizer que se a dívida pela aquisição de um bem a prestações integrar também uma das hipóteses dos arts. 1365.º a 1368.º do Cód. Civil espanhol, então respondem os bens próprios do devedor e todos os bens comuns (incluindo o adquirido a prestações). Caso não preencha nenhuma dessas situações só será possível responsabilizar o bem adquirido a prestações. Portanto, se o bem adquirido o foi em proveito comum do casal então responsabilizará todos os bens comuns. Só assim não será se a aquisição foi no interesse exclusivo de um dos cônjuges e sem a colaboração do outro.

⁵¹⁶ Mata Pallarés, *loc. cit.*, pp. 348 e 349. Como referem Llopis Giner, *et alii*, *Curso básico de Derecho de Familia*, Valencia, Editorial Práctica de Derecho, 2000, p. 99, responde em primeiro lugar o bem adquirido e os bens próprios do cônjuge que contraiu a dívida e, por último, a meação do devedor nos bens comuns, nos termos do art. 1373.º do Cód. Civil espanhol. V. também, M. A. Rueda Pérez/J. M. Rueda Pérez, *loc. cit.*, p. 584, Ana María Sanz Viola, “La gestión de los bienes gananciales y las adquisiciones a título oneroso y a costa del caudal común, realizadas por uno de los cónyuges por separado”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ano LXIII, n.º 583, 1987, pp. 1761 e 1762, e C. Saiz García, *ob. cit.*, pp. 56 e 57.

⁵¹⁷ L. Díez-Picazo/A. Gullón, *ob. cit.*, p. 181. A este propósito, Lledó Yagüe, *et alii*, *ob. cit.*, p. 248, defendem ser necessário distinguir as situações em que a aquisição se dá. Assim, se o bem adquirido visar a satisfação das necessidades ordinárias da família, actuando o cônjuge no exercício do poder doméstico, não se tratando de um gasto exorbitante para o padrão normal da vida familiar, a responsabilidade também será dos bens comuns (arts. 1319.º e 1365.º do Cód. Civil espanhol). Se a aquisição for no exercício da profissão, arte ou ofício do cônjuge (art. 1365.º, 2.º, do Cód. Civil espanhol), respondem os bens comuns nos termos do art. 1369.º do Cód. Civil espanhol. Só se a aquisição ocorrer fora desses casos é que se tratará de uma dívida própria do cônjuge adquirente.

A segunda regra, prevista no n.º 2 do art. 1694.º do nosso Cód. Civil, comporta uma ressalva: o facto de os bens serem próprios não impede, nos regimes de comunhão, que sejam comuns os respectivos rendimentos e, assim, sempre que a dívida, onerando bens próprios, tenha por causa a percepção dos respectivos rendimentos, e estes sejam comuns, ela responsabilizará ambos os cônjuges.

Tal solução resultava já do estipulado no § 2.º do art. 1115.º do Cód. de Seabra e tem hoje plena aplicação no que respeita, p. ex., ao pagamento do Imposto Municipal sobre Imóveis (antiga Contribuição Autárquica) referente a bens próprios de um dos cônjuges casado num dos regimes de comunhão. Há, portanto, que distinguir se a dívida está relacionada com o bem em si (p. ex., taxa de saneamento) ou com a percepção dos rendimentos desses bens. Idêntico regime previa o Cód. Civil francês a propósito das “*charges usufruitaires*”, ou seja, se os rendimentos dos bens próprios integravam o activo comum, as dívidas a esses rendimentos relativas integravam o seu passivo.

No caso de impostos que versam sobre bens certos e determinados, a solução passará sempre pelo art. 1694.º, n.ºs 1 ou 2, consoante a titularidade dos bens onerados. Se os impostos recaem sobre o capital, valor dos bens, como será o caso do Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis (antigo Imposto de Sisa), as dívidas serão comuns (mesmo que o imposto seja lançado apenas no nome de um dos cônjuges) ou próprias consoante os bens sejam comuns ou próprios de um dos cônjuges. Se os impostos têm por matéria colectável os rendimentos dos bens (como o Imposto Municipal sobre Imóveis), as dívidas serão ou não comunicáveis consoante a titularidade de tais rendimentos (a dívida pode até onerar bens próprios de um dos cônjuges, mas ela será comum se, pelo regime de bens, os rendimentos forem comuns)⁵¹⁸. Para A. Lopes Cardoso, as dívidas de contribuições e impostos podem ser comuns em virtude da titularidade dos bens, da sua oneração e não do proveito comum, mesmo que este exista. Não nos parece que seja de excluir a possibilidade da responsabilidade dos bens comuns pela dívida daí decorrente se houver proveito comum (para efeitos do art. 1691.º, n.º 1, al. c)). O que nos parece duvidoso é que este possa existir na generalidade das dívidas dessa natureza.

Pode ainda questionar-se se as dívidas relativas ao pagamento de um imposto ou de quotas inerentes ao exercício de uma profissão, de onde advêm os proveitos para a família, são da responsabilidade de ambos os cônjuges ou apenas do que exerce a

⁵¹⁸ A. Lopes Cardoso, *A Administração dos Bens...*, cit., pp. 228 e 229.

profissão. Tal questão foi analisada por A. Lopes Cardoso a propósito do antigo imposto profissional⁵¹⁹. O pagamento de tal imposto, pressuposto necessário do exercício da profissão, anda a ele intimamente ligado. Por isso, a dívida não deve ter tratamento diferenciado daquelas que se contraem voluntariamente no exercício da profissão. Tal exercício cabe não só dentro dos limites dos poderes de administração de cada um dos cônjuges, e as respectivas dívidas podem considerar-se contraídas em proveito comum (art. 1691.º, n.º 1, al. c)), como também se destina a ocorrer aos encargos normais da vida familiar (art. 1691.º, n.º 1, al. b)), para os quais ambos os cônjuges devem concorrer (art. 1677.º). Logo, as dívidas contraídas em virtude de tal exercício devem ser comuns em todos os regimes de bens⁵²⁰.

No ordenamento jurídico francês, e de acordo com o art. 1415.º do Cód. Civil francês, na falta de acordo do outro, um cônjuge apenas obriga os seus bens próprios e os rendimentos destes no caso de contracção de empréstimo ou de concessão de fiança. Havendo o consentimento do outro cônjuge⁵²¹, respondem também os bens comuns mas

⁵¹⁹ A. Lopes Cardoso, *A Administração dos Bens...*, cit., p. 230, e “Alguns aspectos das dívidas dos cônjuges...”, *loc. cit.*, p. 110.

⁵²⁰ À luz do Cód. Civil espanhol, há que distinguir o imposto sobre o rendimento das pessoas físicas (IRPF) e o imposto sobre o património. Quanto ao primeiro, os rendimentos do contribuinte podem ser de trabalho, capital, actividades económicas, ganhos e perdas patrimoniais e as *imputaciones de renda* impostas por lei. O imposto por obtenção de rendimentos de trabalho será devido pelo cônjuge trabalhador (art. 16.º da Lei do IRPF), mas será um encargo da comunhão nos termos do art. 1362.º, 4.º, do Cód. Civil espanhol. Em relação aos rendimentos de capital (art. 19.º da Lei do IRPF), os devedores são os cônjuges, e não a comunhão, mas será também da responsabilidade da comunhão, nos termos do art. 1362.º, 2.º e 3.º, do Cód. Civil espanhol. Em relação aos rendimentos das actividades económicas (art. 25.º da Lei do IRPF) será de verificar se as contribuições decorrem da exploração regular de um negócio, situação em que a comunhão será também responsável nos termos do art. 1362.º, 4.º, do Cód. Civil espanhol. Quanto ao imposto sobre o património, dependerá de saber se incide sobre um bem próprio ou comum. Assim, se o imposto incide sobre um bem comum ou próprio que dá frutos ou é susceptível de trazer benefício à família, a dívida será da comunhão, nos termos dos arts. 504.º e 1362.º, 3.º, do Cód. Civil espanhol.

A jurisprudência espanhola tem considerado comum as dívidas fiscais de um dos cônjuges à Fazenda Nacional (v., p. ex., a sentença do Tribunal Supremo, de 19 de Fevereiro de 1992, comentada por Fátima Yáñez Vivero, “Deudas de un solo cónyuge...”, *loc. cit.*, pp. 607-616). Por seu lado, as sanções pecuniárias resultantes do não pagamento de impostos apenas responsabilizam o cônjuge faltoso. Por tais dívidas fiscais serem comuns, López Liz, *ob. cit.*, p. 196, exclui a aplicação do art. 1373.º do Cód. Civil espanhol às dívidas tributárias derivadas dos impostos sobre o rendimento ou sobre o património.

⁵²¹ Este consentimento não é requisito de validade. Os actos a que o art. 1415.º do Cód. Civil francês se refere não estão fora dos actos de administração ordinária disjunta da comunhão. Trata-se apenas da extensão da garantia do credor: sem o consentimento o credor apenas poderá executar os bens próprios e os rendimentos destes do seu devedor, nos termos gerais; com ele poderá penhorar também os bens comuns. De entre os bens comuns encontram-se também os ganhos e salários do cônjuge que apenas prestou o seu consentimento, entendendo Cornu, *ob. cit.*, p. 323, que o art. 1414.º do Cód. Civil francês não será de atender aqui, pois este refere-se às dívidas contraídas por um cônjuge e não às que foram prestadas com consentimento do outro. Contra, Rémy Cabrillac, *ob. cit.*, p. 166, excluindo também os ganhos e salários da acção do credor.

Quanto à forma de manifestar o consentimento, que deverá ser expresso e específico para cada acto, não relevando a aprovação *a posteriori*, v., A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., pp. 403 e 404. No entendimento de Rémy Cabrillac, *ob. cit.*, pp. 165 e 166, o consentimento não tem de obedecer à forma prevista no art. 1326.º do Cód. Civil francês e a expressão “expresso” visa uma operação determinada, podendo, assim, tratar-se de um consentimento tácito. No mesmo sentido, Abry, “L’emprunt et le

não os bens próprios do cônjuge que apenas deu o seu consentimento (salvo se, para além do mero consentimento, também se obrigou pela dívida do empréstimo). Tal como certos actos de disposição exigem o consentimento de ambos os cônjuges (arts. 1422.º, 1424.º e 1425.º do Cód. Civil francês), também certas dívidas apenas responsabilizam os bens comuns se existir esse consentimento⁵²².

Entre nós, o consentimento não produz efeitos nos termos do art. 1694.º, mas pode implicar, nos termos do art. 1691.º, n.º 1, al. a), e art. 1695.º, a responsabilidade solidária ou conjunta dos cônjuges, consoante o regime de bens. Ou seja, o cônjuge que se limitou a prestar o consentimento responde também pessoalmente pela dívida.

Procura-se no direito francês limitar o risco decorrente de certos empréstimos ou fianças, muitas vezes efectuados impensadamente por um dos cônjuges, e que implicam dívidas diferidas no tempo⁵²³. Porém, a exclusão da responsabilidade dos bens comuns

cautionnement en régime de communauté. L'article 1415 du Code civil après la loi du 23 décembre 1985", *JCP* éd. N., 1989.I.63, p. 152.

O ordenamento jurídico belga, que prevê também a necessidade de consentimento do outro cônjuge para obrigar os bens comuns (art. 1418.º do Cód. Civil belga), admite uma excepção, ou seja, não será necessário o consentimento se a dívida se destinar à satisfação das necessidades do lar ou à educação dos filhos. V., Léon Raucent, "L'expérience belge d'une réforme des régimes matrimoniaux", in AAVV, *Indépendance financière et communauté de vie*, cit., p. 81.

⁵²² V., Cornu, *ob. cit.*, p. 320. Acresce ainda que a constituição de empréstimo com hipoteca que incida sobre um bem comum carece sempre do consentimento de ambos os cônjuges (art. 1424.º do Cód. Civil francês). Carece também do consentimento de ambos os cônjuges a disposição de um bem comum como garantia de dívida de terceiro (art. 1422.º, 2.º, do Cód. Civil francês, introduzido pela *Ordonnance* n.º 2006-346, de 23 de Março de 2006, que se articula com o disposto no art. 1415.º do mesmo código, em matéria de passivo: a garantia de dívida de terceiro por um dado empréstimo consentida por um dos cônjuges apenas obriga os bens próprios deste e os seus rendimentos; se isso implicar a oneração real de bem comum só será válida se tiver o consentimento de ambos os cônjuges). Se se tratar de um bem próprio tal consentimento será também exigido se estiver em causa a casa de morada da família (art. 215.º, 3.º, do Cód. Civil francês). V., Abry, *loc. cit.*, p. 153. V., p. ex., sobre esta questão, as decisões da Cass civ. 1.ª, de 15 de Maio de 2002 ("Communauté entre époux", *Recueil Dalloz*, ano 178.º, n.º 21, 2002, p. 1731), e comentada por Christine Barberot, "Conséquences de l'application de l'article 1415 du code civil au cautionnement réel", *Recueil Dalloz*, ano 178.º, n.º 22, 2002, pp. 1781-1785; e da Cass civ. 1.ª, de 11 de Março de 2003 (*JCP* 2003.IV.1816), e comentada por Philippe Simler, *et alii*, "Régimes matrimoniaux", *JCP* 2003.I.158, p. 1513, afastando a decisão do tribunal inferior que admitia a inscrição de uma hipoteca provisória sobre um bem comum (ainda que apenas sobre a metade indivisa que pertencia nos bens comuns ao devedor) relativamente a um empréstimo contraído por um dos cônjuges sem o consentimento do outro. Admitir tal solução seria violar o art. 1415.º do Cód. Civil francês. A oneração do bem com garantia real será válida mas há uma limitação da responsabilidade face ao credor (Christine Barberot, *loc. cit.*, p. 1785).

⁵²³ Sobre as críticas a propósito do art. 1415.º do Cód. Civil francês, v., Flour/Champanois, *ob. cit.*, pp. 393 e 394, e A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., pp. 400 e 401, essencialmente, sobre a possibilidade de o empréstimo contraído por um dos cônjuges ser para proveito da família (e aqui se o cônjuge devedor que o contrai sem consentimento do outro responder com bens próprios terá direito a uma compensação – art. 1433.º do Cód. Civil francês, muito embora o credor não possa executar bens comuns) e da compatibilidade do art. 1415.º do Cód. Civil francês com o exercício por um dos cônjuges de uma actividade independente sempre que os bens comuns estejam afectos à empresa (dificilmente um Banco concede um empréstimo ao cônjuge que explore a empresa se os bens comuns, que a constituem, não respondem por ele). O art. 1415.º do Cód. Civil francês pode conduzir a que, nas operações de empréstimo de maior importância, o credor exija sempre o consentimento do outro cônjuge.

É também discutida na doutrina e jurisprudência francesas a questão de saber se se deve restringir o art. 1415.º do Cód. Civil francês apenas aos empréstimos de somas monetárias ou aplicá-lo a qualquer operação de crédito independentemente da sua forma,

não é completa. Com efeito, o art. 1415.º do Cód. Civil francês responsabiliza sempre os “*revenus*” do devedor e estes são comuns. Acresce ainda que o artigo refere “*revenus*”, abrangendo, portanto, não apenas os ganhos e salários do devedor bem como os rendimentos e frutos dos seus bens próprios.

Nem todos os empréstimos estão abrangidos pelo art. 1415.º do Cód. Civil francês. Com efeito, de acordo com o art. 220.º do Cód. Civil francês, os empréstimos de quantias modestas contraídos por um dos cônjuges responsabilizam os bens comuns e solidariamente os cônjuges, mesmo que sem o consentimento do outro cônjuge e desde que contraídos para ocorrer às necessidades da vida corrente.

Se o cônjuge não der o seu consentimento, o cônjuge devedor pode recorrer ao art. 217.º do Cód. Civil francês para suprir judicialmente a recusa do mesmo, bem como, se estiver impossibilitado de o prestar, pode atender-se ao disposto no art. 219.º do Cód. Civil francês. Em todo o caso, a extensão obtida pelo consentimento só responsabiliza os bens comuns e nunca os próprios do outro cônjuge (reportámo-nos apenas a esta situação em que um cônjuge presta, no mesmo acto, o consentimento para a dívida contraída pelo outro, deixando de lado as situações em que ambos se obrigam – art. 1202.º do Cód. Civil francês)⁵²⁴. E o mesmo vale para os seus ganhos e salários que,

entendendo uns que será de restringir aos empréstimos de somas pecuniárias e outros que não faz sentido essa distinção (v., Cornu, *ob. cit.*, p. 322, e A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, pp. 401 e 402, admitindo a aplicação a outras operações). E o mesmo é discutido quanto à prestação de fiança, ou seja, deverá o art. 1415.º do Cód. Civil francês apenas aplicar-se no caso de fiança ou também no caso de outras garantias, como o aval, tendo a doutrina e a jurisprudência optado pela concepção ampla (A. Colomer, *ibidem*, e notas 59 e 60, e AAVV, *Le couple et son patrimoine*, *cit.*, p. 172. Contra, adoptando a concepção restrita, Nathalie Rzepecki, *loc. cit.*, pp. 1234 e 1235 e p. 1238).

Repare-se, porém, que o objectivo do art. 1415.º do Cód. Civil francês não é o de afastar a eficácia das garantias especiais. Assim, se um dos cônjuges contrai um empréstimo para aquisição de um imóvel que ingressou no património comum, tendo o emprestador um privilégio sobre o imóvel, pode penhorar o mesmo ou executar a sua garantia no caso de falta de pagamento. De facto, se, p. ex., um Banco concede um empréstimo a um dos cônjuges para o exercício da sua actividade e constitui uma hipoteca, com o consentimento do outro cônjuge, sobre um bem comum, em princípio, na falta de pagamento, o Banco apenas pode executar esse bem comum, não podendo afectar outros bens comuns nem os rendimentos do cônjuge não devedor. O consentimento do cônjuge para a constituição da garantia real sobre o bem comum é necessário (arts. 1424.º e 1415.º do Cód. Civil francês), sob pena de anulação da garantia, sem prejuízo da manutenção da responsabilidade pessoal do cônjuge que contraiu a dívida. Ou seja, o credor, neste caso, apenas poderá penhorar os bens próprios e os rendimentos do devedor. V., AAVV, *Le couple et son patrimoine*, *cit.*, pp. 174-177.

⁵²⁴ O problema estará ao nível da prova, ou seja, atendendo à paridade que existe no seio familiar quanto à administração da massa comum será normal presumir, na dúvida, que os cônjuges quiseram intervir os dois no mesmo acto. O cônjuge que entender o contrário deverá prová-lo (nomeadamente, por menção no acto do real sentido da sua intervenção).

Se, porém, os cônjuges prestam caução ao mesmo devedor e pela mesma dívida mas em actos separados, pela dívida só respondem os bens próprios e os rendimentos de cada um dos cônjuges (G. Chabot, “Le cautionnement par actes séparés sous le régime de communauté légale”, *JCP* 1999.II.10202, e AAVV, *Le couple et son patrimoine*, *cit.*, p. 392). E o mesmo se diga se um dos cônjuges contraiu empréstimo e o outro prestou caução. Só haverá responsabilidade dos bens comuns se tiver existido consentimento dos cônjuges para o respectivo acto do outro (Abry, *loc. cit.*, p. 152).

embora comuns, devem observar o disposto no art. 1414.º do Cód. Civil francês⁵²⁵. Não podemos, todavia, esquecer que esta disposição não tem grande importância, dado que o terceiro credor exigirá nesses casos normalmente a responsabilização de ambos os cônjuges e até solidariamente.

Também o ordenamento jurídico alemão considera que as dívidas que oneram bens próprios e pagas com os respectivos rendimentos são comuns. De facto, os § 1440.º e 1462.º do BGB (*Haftung für Vorbehalts- oder Sondergut*) referem a responsabilidade dos bens reservados ou dos bens próprios, determinando uma outra excepção aos §§ 1437.º e 1459.º do BGB, dispondo que o património comum não responde pelas dívidas derivadas, no decurso da comunhão, de direitos ou da titularidade de bens pertencentes ao património reservado ou próprio do cônjuge não administrador, ou de qualquer um dos cônjuges no caso da administração conjunta, salvo se se tratar de negócio jurídico de aquisição desses bens praticado pelo cônjuge de maneira independente e com o consentimento do cônjuge administrador (ou do outro cônjuge tratando-se de administração conjunta) ou quando a dívida seja um encargo que onera os bens próprios e seja paga com os respectivos rendimentos⁵²⁶.

São consideradas próprias as dívidas relativas a um bem próprio ou reservado e as custas processuais a elas relativas (e mesmo que contraídas antes da comunhão). Porém, e no caso de dívidas relativas a bens próprios, o disposto nos §§ 1441.º, 2.º, e 1463.º, 2.º, do BGB, não terá aplicação se as dívidas forem pagas com os rendimentos dos respectivos bens (§§ 1442.º e 1464.º do BGB). O mesmo se aplica se as mesmas dívidas derivarem de um negócio jurídico de aquisição praticado por conta do património comum⁵²⁷. Repare-se que enquanto na administração conjunta (§ 1463.º do BGB) as dívidas previstas no § 2.º, que oneram bens próprios ou reservados, responsabilizam qualquer um dos cônjuges nas suas relações internas, na administração singular (§ 1441.º do BGB) o mesmo só ocorre em relação às dívidas do cônjuge não

⁵²⁵ Neste sentido, A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., p. 405, e Malaurie/Aynés, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, Defrénois, 2004, p. 233.

⁵²⁶ Como entende MünchKomm - *Kanzleiter*, § 1440 Rdn. 2, p. 648, a norma aplica-se, p. ex., a dívidas de impostos que versem sobre os bens, ou o pagamento do seguro do bem, etc. Também os danos causados por animais, pelo exercício do direito de caça, pelo colapso de prédio... quando integrem o património próprio ou reservado do cônjuge (Staudinger, *ob. cit.*, §§ 1363.º-1563.º, § 1440 Rdn. 5, p. 562).

⁵²⁷ Como refere Staudinger, *ob. cit.*, §§ 1363.º-1563.º, § 1442 Rdn. 4, p. 570, a aquisição por conta da comunhão só ocorrerá no caso de se adquirirem bens comuns ou próprios. Se se tratar da aquisição de um bem reservado haverá actuação do cônjuge no seu próprio interesse e a sub-excepção do § 1442.º do BGB não se aplicará, respondendo pela dívida os bens do cônjuge nas relações internas.

administrador, sendo normalmente os bens comuns responsáveis pelas dívidas que oneram bens próprios e reservados do cônjuge administrador⁵²⁸.

2.3 Dívidas da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges

Por sua vez, o art. 1692.º (correspondente ao disposto nos arts. 1110.º, 1114.º, 1115.º, 1129.º, e 1133.º do Código de Seabra, e ao art. 12.º do anteprojecto de Braga da Cruz) identifica as dívidas que responsabilizam apenas um dos cônjuges.

2.3.1. Art. 1692.º, al. a), do Cód. Civil

A al. a) do art. 1692.º abrange as dívidas anteriores e posteriores ao casamento, contraídas por um dos cônjuges sem o consentimento do outro, ressalvando a lei o caso de as dívidas terem sido contraídas para ocorrer aos encargos normais da vida familiar ou pelo cônjuge administrador, dentro dos limites dos seus poderes de administração, e em proveito comum do casal, pois, nesses casos, as dívidas são de responsabilidade comum.

Questionámo-nos sobre a razão pela qual esta al. a) do art. 1692.º não se refere à al. d) do n.º 1 do artigo anterior, ou seja, porque não exceptuar também as dívidas contraídas no exercício do comércio. Poder-se-ia pensar que, pela análise das outras dívidas que esta al. a) do art. 1692.º não exceptiona (e só exceptiona as dívidas previstas nas als. b) e c) do n.º 1 do art. 1691.º), seria exigido o consentimento de ambos os cônjuges para que a dívida fosse comum. Assim, como não refere a al. d) do n.º 1 do art. 1691.º esta só seria comum se para a sua contracção o cônjuge comerciante obtivesse o consentimento do outro cônjuge.

Porém, não parece ser essa a interpretação que decorre da letra do art. 1691.º, n.º 1, al. d), que refere a dívida contraída por “qualquer dos cônjuges”, não referindo a necessidade de qualquer consentimento. Aliás, a al. d) só exclui da comunicabilidade as dívidas que não sejam contraídas em proveito comum ou se os cônjuges casaram em separação de bens. Se fosse intenção do legislador exigir o consentimento de ambos os cônjuges, deveria ter excluído também as dívidas contraídas por um dos cônjuges sem o consentimento do outro. O mesmo se diga quanto ao art. 15.º do Cód. Comercial que

⁵²⁸ V., MünchKomm - *Kanzleiter*, § 1463 Rdn. 2, p. 687.

refere a dívida contraída pelo cônjuge comerciante, sem exigir qualquer consentimento do outro cônjuge para se presumir o proveito comum. Além disso, se este fosse exigido não seria preciso contemplar a regra especial da al. d) do n.º 1 do art. 1691.º dado que a comunicabilidade da dívida já resultaria da al. a) do mesmo número e artigo. Acresce ainda que a al. a) do art. 1692.º não refere também as dívidas previstas na al. e) do n.º 1 do art. 1693.º nem as do n.º 2 do mesmo artigo. A seguir este entendimento também as dívidas que onerassem heranças, doações ou legados, cujos bens ingressaram no património comum, só seriam comuns se houvesse o consentimento do outro cônjuge na sua aceitação. Assim, o cônjuge não careceria do consentimento do outro para aceitar (art. 1683.º, n.º 1), mas careceria do consentimento para responsabilizar os bens comuns pelas dívidas, caso os bens ingressassem no património comum. Ora, não teria qualquer sentido que o património comum fosse beneficiado com os bens e estivesse dependente do consentimento do cônjuge para responder pelas dívidas. Além de que a interpretação do art. 1693.º não vai neste sentido. Por sua vez, as dívidas previstas no n.º 2 do art. 1691.º responsabilizam ambos os cônjuges mesmo que contraídas por apenas um deles sem o consentimento do outro, referindo a lei as dívidas contraídas por “qualquer dos cônjuges”.

De facto, se existir o consentimento a dívida será comum pela al. a) do n.º 1 do art. 1691.º, não existindo razão para se exigir o consentimento nas restantes disposições legais aqui referidas. Por isso, foi, eventualmente, a tardia introdução da al. d), que não constava dos anteprojectos de Pires de Lima e Braga da Cruz, sendo introduzida nas revisões ministeriais, que explica que no art. 1692.º, a sua al. a) não a refira^{529 530}.

2.3.2. Art. 1692.º, al. b), do Cód. Civil

⁵²⁹ J. G. Sá Carneiro, “Os arts. 10.º e 15.º...”, *loc. cit.*, ano 90.º, 1972, pp. 397 e 398, e Castro Mendes, “Breve nota sobre o valor actual...”, *loc. cit.*, p. 293.

⁵³⁰ No direito espanhol, são dívidas próprias dos cônjuges as contraídas por cada um deles antes da comunhão ou as contraídas depois cujo fim não fosse a satisfação dos encargos da mesma. São também dívidas próprias as que decorrem de obrigações extracontratuais quando não se integrem no art. 1366.º do Cód. Civil espanhol, as dívidas de alimentação e educação dos filhos não comuns quando não habitem na casa familiar ou as dívidas de jogo nos termos do art. 1372.º do Cód. Civil espanhol, as dívidas relativas a processos judiciais relativos a bens próprios ou os impostos sobre o capital relativos aos bens dos cônjuges. V., Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida, *et alii*, *Elementos de Derecho Civil. Familia*, *cit.*, pp. 213 e 214. López Liz, *ob. cit.*, p. 156, acrescenta também, como dívidas próprias, as contraídas para a aquisição de bens imóveis a prazo antes do casamento (art. 1357.º do Cód. Civil espanhol), com excepção da casa de morada da família (art. 1354.º do Cód. Civil espanhol), e as contraídas para a aquisição de bens imóveis a prazo, durante o casamento, com uma entrada de dinheiro próprio.

A al. b) do art. 1692.º deriva do disposto no § 1.º do art. 1115.º do Cód. de Seabra, integrado no regime da comunhão geral, que considerava como incomunicáveis as dívidas provenientes de crimes ou de factos ilícitos, praticados por algum dos cônjuges. Referindo-se apenas às dívidas provenientes de crimes, o art. 1692.º, al. b), pretendeu deslocar para outra sede a questão da responsabilidade dos cônjuges por dívidas provenientes de factos só moralmente ilícitos (como o jogo, embriaguez...) ⁵³¹. Consideram-se aqui não só as dívidas provenientes de crimes, mas também as

⁵³¹ Como referia Braga da Cruz, “Capacidade patrimonial dos cônjuges...”, *loc. cit.*, p. 398, as dívidas resultantes do jogo, da embriaguez, da libertinagem..., continuariam a ser incomunicáveis na generalidade dos casos. Mas isso por serem normalmente contraídas por um dos cônjuges sem consentimento (e até sem conhecimento) do outro cônjuge. Mas se os dois cônjuges, ou um com a aprovação do outro, se endividarem no jogo, a responsabilidade deverá recair sobre ambos os cônjuges e sobre o património comum.

Por seu lado, os arts. 1371.º e 1372.º do Cód. Civil espanhol regulam as dívidas de jogo. Como refere Yolanda Bustos Moreno, *ob. cit.*, p. 56, a propósito do Projecto de Código Civil espanhol de 1851, estes artigos dedicados às dívidas de jogo não têm precedentes no direito espanhol nem nos ordenamentos jurídicos semelhantes. O art. 1371.º estipula que o perdido e pago em qualquer classe de jogo durante o casamento (ou melhor, durante a vigência do regime de comunhão de adquiridos, dado que pode haver liquidação do regime sem dissolução do casamento – art. 1392.º, 4.º, do Cód. Civil espanhol), por qualquer um dos cônjuges, não diminuirá a sua parte nos bens comuns, sempre que o valor do que se perdeu ou pagou possa considerar-se moderado atendendo ao uso e circunstâncias da família. O que está em correspondência com o art. 1351.º do Cód. Civil espanhol que considera comuns os valores obtidos no jogo por qualquer um dos cônjuges. Esta norma não determina qualquer responsabilidade face a terceiros credores, mas apenas um critério a seguir na liquidação da comunhão entre os cônjuges, se tais dívidas forem pagas com bens comuns. L. Díez-Picazo/A. Gullón, *ob. cit.*, p. 181, acrescenta, que se o que perdeu ou pagou for imoderado atendendo ao padrão de vida do casal, o devedor verá reduzida a sua meação nos bens comuns por aquilo que for em excesso, se não reembolsar a comunhão nessa proporção (A. López/V.L. Montés/E. Roca, *et alii*, *ob. cit.*, p. 229). Contra, Tomás Giménez Duarte, “Cargas y obligaciones...”, *loc. cit.*, p. 549, e Nuria Hernández Rueda, *ob. cit.*, p. 77, que entendem haver uma diminuição da parte que cabe ao devedor nos bens comuns pela totalidade da dívida e não apenas na parte que for imoderada (dado ser muito difícil aferir o que é moderado ou não face à totalidade da dívida). Yolanda Bustos Moreno, *ob. cit.*, p. 354, considera a primeira solução mais justa, mas admite que tem o entrave da prova, ou seja, de fixar o exacto montante que é moderado e o que o excede.

O art. 1372.º do Cód. Civil espanhol, e quanto ao perdido e não pago nos jogos que, por lei, se pode reclamar o que se ganha (jogo lícito, de acordo com o disposto nos arts. 1798.º e 1801.º do Cód. Civil espanhol: se o jogo for ilícito não gera qualquer dívida civil), estabelece a responsabilidade exclusiva do cônjuge devedor, independentemente da moderação ou imoderação da quantia devida. A. López/V.L. Montés/E. Roca, *et alii*, *ob. cit.*, p. 229, L. Díez-Picazo/A. Gullón, *ob. cit.*, p. 181, e M.ª del Carmen Gete-Alonso y Calera/Maria Ysás Solanes/Judith Solé Resina, *ob. cit.*, p. 240, entendem que deve fazer-se uma interpretação correctora por forma a harmonizar os arts. 1371.º e 1372.º do Cód. Civil espanhol, no sentido de que se atenda ao critério da moderação do art. 1371.º para admitir que nesse caso haja, também no art. 1372.º, responsabilidade dos bens comuns. M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, p. 1733, entende não haver contradição entre os preceitos, dado que regulam situações distintas: o art. 1372.º do Cód. Civil espanhol regula a responsabilidade face aos credores (relações externas) onde a dívida é considerada própria, e o art. 1371.º do Cód. Civil espanhol as relações internas entre os cônjuges depois do pagamento da dívida. Aqui, se se entende que o que se perdeu foi moderado atendendo ao padrão de vida familiar, e foram bens próprios que pagaram a dívida, haverá compensação ao património próprio nos termos do art. 1364.º do Cód. Civil espanhol.

Apesar de o artigo apenas referir que respondem exclusivamente os bens próprios do cônjuge devedor, deve articular-se tal disposição com o art. 1373.º do Cód. Civil espanhol no sentido de, na falta de tais bens, responderem os bens comuns - Nuria Hernández Rueda, *ob. cit.*, pp. 79 e 80. Contra, J. Fernández Villa, *loc. cit.*, pp. 682 e 683, e López Liz, *ob. cit.*, p. 194, para quem por tais dívidas apenas respondem os bens próprios do cônjuge devedor.

indenizações⁵³², restituições⁵³³, custas judiciais⁵³⁴ ou multas⁵³⁵ devidas por factos imputáveis a cada um dos cônjuges⁵³⁶. Repare-se que as dívidas provenientes de crimes não permitem a prova de terem sido contraídas em proveito comum⁵³⁷.

⁵³² As indenizações referidas são as oriundas de responsabilidade civil conexas com a criminal (como a indemnização devida por danos materiais e morais no crime de homicídio, p. ex.) e as de mera responsabilidade civil (responsabilidade civil objectiva, em acidente de viação ou outro caso de responsabilidade pelo risco, ou de responsabilidade contratual por incumprimento culposo, ou extracontratual por facto ilícito, acção ou omissão). V., A. Lopes Cardoso, “Alguns aspectos das dívidas dos cônjuges...”, *loc. cit.*, p. 105, e *A Administração dos Bens...*, *cit.*, p. 233 e 235-238.

⁵³³ Por restituições entendem-se, não só as do lucro criminoso (como a restituição do dinheiro desviado por abuso de confiança ou a do objecto furtado), mas também as que são inerentes ao cumprimento ou revogação de certos contratos ou as que são motivadas pelas regras do enriquecimento sem causa. P. ex., a revogação da doação implica restituição, cuja obrigação tem carácter exclusivamente civil, e poderá responsabilizar ambos os cônjuges; no caso do comodato, sendo comodatário o cônjuge administrador e dentro da sua administração, ambos os cônjuges podem responder pela restituição da coisa emprestada; a anulação de um contrato pode dar origem à restituição do que fora prestado (art. 289.º)... V., A. Lopes Cardoso, “Alguns aspectos das dívidas dos cônjuges...”, *loc. cit.*, p. 106, e *A Administração dos Bens...*, p. 233 e pp. 238 e 239.

⁵³⁴ A. Lopes Cardoso, “Alguns aspectos das dívidas dos cônjuges...”, *loc. cit.*, p. 108, entende que haverá casos em que mesmo a responsabilidade pelo pagamento de custas judiciais criminais, que não pelo réu, deverá caber aos dois cônjuges, como, p. ex., as custas devidas pelo cônjuge assistente em processo de crime de abuso de confiança ou de furto de bens do casal, ou em processo de difamação ou injúria contra o casal. E repare-se que a responsabilidade comum dos cônjuges por custas judiciais só poderá dar-se no caso de elas terem natureza meramente civil [em contraposição à natureza criminal, que são as custas devidas pelo réu em processo crime, sendo que a sua verdadeira natureza parece ser fiscal – A. Lopes Cardoso, *A Administração dos Bens...*, *cit.*, p. 240. V. também, o ac. do STJ, de 21.12.1962 (*BMJ*, n.º 122.º, 1963, p. 535)]. O ac. do STJ, de 30.05.1961 (*BMJ*, n.º 107.º, 1961, p. 585, e *Revista dos Tribunais*, ano 79.º, 1961, p. 315), considerou comunicável a dívida decorrente do pagamento de custas civis, aplicando-lhe o art. 1114.º, § 2.º, do Cód. de Seabra.

O parecer do Procurador da República (*BOMJ*, ano 3.º, 1943, p. 370) defende que numa acção de despejo, em que o marido foi condenado no pedido e em custas e não tem bens próprios, a penhora deve fazer-se sobre os bens comuns. Como na sentença não foi proferida a condenação da mulher, é preciso primeiro provar, em acção declarativa, que a dívida foi contraída em proveito comum dos cônjuges, e, obtida a condenação da mulher, a execução pode seguir sobre os bens comuns.

⁵³⁵ A. Lopes Cardoso, “Alguns aspectos das dívidas dos cônjuges...”, *loc. cit.*, p. 108, e *A Administração dos Bens...*, *cit.*, p. 243, refere que as multas, sejam as previstas pela lei penal directamente ou pelas administrativa ou fiscal, têm sempre origem ou em crimes ou em contravenções e, por isso, têm natureza penal. Fica, assim, sem conteúdo a excepção contemplada na parte final da al. b) do n.º 1 do art. 1692.º. E se a lei quis referir-se às cláusulas penais dos contratos, às “multas convencionais”, que têm natureza exclusivamente civil, então repetiu-se desnecessariamente, pois essas multas enquadram-se no conceito de indenizações.

⁵³⁶ A. Lopes Cardoso, “Alguns aspectos das dívidas dos cônjuges...”, *loc. cit.*, p. 104, nota que, ao conter-se na expressão *dívidas provenientes de crimes*, além das penas pecuniárias, indenizações por responsabilidade civil conexas com a criminal e as restituições do lucro criminoso, houve uma repetição escusada, pois, além da desnecessidade de prever as penas pecuniárias, o resto cabe nas expressões *indenizações e restituições*.

⁵³⁷ Neste sentido, v., o ac. do STJ, de 08.02.1957 (*loc. cit.*); e da RE, de 01.07.1997 (*loc. cit.*). Contra, v., o ac. do STJ, de 04.05.1962 (*loc. cit.*) que considerou a mulher responsável pelo pagamento de uma indemnização por ilícito penal praticado pelo marido, pelo facto de aquele ter produzido enriquecimento nos bens do casal. No mesmo sentido, os ac. do STJ, de 08.10.1957 (*loc. cit.*, admitindo a responsabilidade da mulher pelas dívidas provenientes de crime quando as importâncias em causa fossem aplicadas em proveito comum dos cônjuges); e da RL, de 11.12.1963 (*loc. cit.*).

Neste âmbito, Pereira Coelho, *Curso...*, *cit.*, 1965, pp. 300 e segs., admitia a possibilidade do recurso ao instituto do enriquecimento sem causa. V. também, Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 462 e 463, e o ac. do STJ, de 06.11.1964 (*loc. cit.*). Em sentido diferente, Braga da Cruz, “Capacidade patrimonial dos cônjuges...”, *loc. cit.*, p. 401 (ao dizer que se a actividade do cônjuge que incorreu em responsabilidade proporcionar lucros ao outro cônjuge, “tanto melhor para ele, e tanto pior para o cônjuge responsável”), A. Lopes Cardoso, *A Administração dos Bens...*, *cit.*, pp. 234 e 235, e os ac. do STJ, de 11.04.1962 (*loc. cit.*, p. 308); e de 11.04.1962 (*loc. cit.*, p. 316).

A al. b) do art. 1692.º só admite as excepções para os casos de responsabilidade meramente civil⁵³⁸. Quanto a estas, aí sim poderão responsabilizar ambos os cônjuges, nos termos do art. 1692.º, al. b), e art. 1691.º, n.ºs 1 ou 2 (p. ex., a criada contratada pela mulher que sofre um acidente ao serviço; o acidente de viação que acontece quando o cônjuge está a ocorrer aos encargos normais da vida familiar...)⁵³⁹. Assim, a obrigação de indemnização resultante do não cumprimento de um contrato celebrado no interesse do casal pelo cônjuge administrador, dentro dos limites dos seus poderes, responsabilizará ambos os cônjuges. O mesmo ocorrerá com a obrigação de indemnizar proveniente de acidente de viação em que a viatura, causadora dos danos, circulasse às ordens do cônjuge administrador em serviço de interesse comum⁵⁴⁰.

É discutido na doutrina italiana se será de incluir na al. b) do art. 186.º do Cód. Civil italiano as dívidas extracontratuais relacionadas com a propriedade ou utilização dos bens comuns (arts. 2051.º a 2054.º do Cód. Civil italiano). A questão está em saber, e dado que a responsabilidade não resulta directamente da titularidade de um direito sobre o bem, se se pode chamar à responsabilidade, por via da responsabilidade dos bens comuns, o cônjuge que não por via do qual a coisa (animal, imóvel, veículo...) da qual decorreu o dano entrou na comunhão (o não titular da coisa) (seja responsabilidade objectiva, como defendem alguns⁵⁴¹, ou responsabilidade por violação do dever de

⁵³⁸ À luz do Cód. de Seabra, havia doutrina (como Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, cit., vol. VI, p. 415, e Pires de Lima, “Anotação ao ac. do STJ, de 8 de Fevereiro de 1957”, *Revista dos Tribunais*, ano 59.º, 1941, p. 250, e ano 61.º, 1943, p. 230) e jurisprudência (entre outros, os ac. do STJ, de 07.05.1940 (*Col. Of.*, ano 39.º, 1940, p. 200); de 08.07.1941 (*Revista dos Tribunais*, ano 59.º, 1941, p. 247); de 14.05.1943 (*Revista dos Tribunais*, ano 61.º, 1943, p. 227); de 07.12.1943 (*Revista dos Tribunais*, ano 62.º, 1944, p. 24); de 08.10.1957 (*loc. cit.*, p. 327); de 02.04.1962 (*BMJ*, n.º 116.º, 1962, p. 308); de 04.05.1962 (*BMJ*, n.º 117.º, 1962, p. 532); e de 06.11.1964 (*BMJ*, n.º 141.º, 1964, p. 344); da RL, de 11.12.1963 (*loc. cit.*, p. 1118); e da RP, de 14.11.1942 (*Revista dos Tribunais*, ano 61.º, 1943, p. 219); e de 05.05.1943 (*loc. cit.*)), que consideravam da responsabilidade de ambos os cônjuges as dívidas decorrentes de responsabilidade civil conexas com a criminal ou as de responsabilidade meramente civil (ou até de responsabilidade criminal quando houvesse proveito comum do casal). Como se conclui dos trabalhos preparatórios, no caso de responsabilidade civil conexas com a criminal, ou seja, não meramente civil, haverá responsabilidade exclusiva do cônjuge infractor. Houve a intenção declarada de afastar a solução do anteprojecto do Cód. Civil francês, no qual, visando sobretudo as multas do mercado negro, prescrevia a comunicabilidade das sanções pecuniárias aplicáveis à actuação delituosa ou quase-delituosa de um dos cônjuges, quando dela tivessem provindo lucros para o património comum. V., Braga da Cruz, “Capacidade patrimonial dos cônjuges...”, *loc. cit.*, pp. 400 e 401, e Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil...*, cit., p. 343. Nenhum dos cônjuges deve ser responsabilizado por uma actividade ilícita que só do outro procede, mesmo que essa actividade lhe tenha proporcionado lucros. Ou esse cônjuge participou na actividade ilícita do outro (e sofrerá individualmente a sanção criminal e civil que lhe é devida) ou, se não participou, nada deverá sofrer. A comunicabilidade só pode admitir-se quanto à responsabilidade meramente civil. Mas a não responsabilização de ambos os cônjuges não obsta, todavia, à aplicação do instituto do enriquecimento sem causa, desde que preenchidos os seus pressupostos (Pereira Coelho, *Curso...*, cit., 1965, pp. 300 e segs.).

⁵³⁹ Cfr., sobre essas questões, Braga da Cruz, “Capacidade patrimonial dos cônjuges...”, *loc. cit.*, p. 399, A. Lopes Cardoso, *A Administração dos Bens...*, *ob. cit.*, pp. 230-243, e Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil...*, cit., p. 342.

⁵⁴⁰ Antunes Varela, *ob. cit.*, p. 407.

⁵⁴¹ P. ex., Galgano, *ob. cit.*, p. 119.

cuidado do bem, como entendem outros)⁵⁴². Mesmo que não tenha sido por esse cônjuge que o bem entrou na comunhão, o que é certo é que ele tem o poder de gozo e utilização da coisa e o poder de administração da mesma (art. 180.º do Cód. Civil italiano). Por isso, tendo tais direitos deve também atribuir-se o dever de responder pelos danos causados pela coisa que utiliza⁵⁴³, por via da responsabilização dos bens comuns.

Mas o facto de responderem os bens comuns, não exclui a possibilidade de responsabilizar os patrimónios próprios dos cônjuges. A decisão do tribunal de Bolonha, de 27 de Janeiro de 1986, vai neste sentido, ao reconhecer, depois de afirmar a pertença à comunhão do autocarro que fazia o transporte ao serviço da empresa comercial de um dos cônjuges, a responsabilidade civil solidária do cônjuge (com os seus bens próprios) do condutor-titular que causou um dano mortal. Ou seja, pode dizer-se que além dos bens comuns, respondem os bens próprios dos cônjuges nos termos do art. 190.º do Cód. Civil italiano, sem prejuízo de o cônjuge que causou o dano não se limitar a responder na medida da metade, mas sim com todo o seu património (art. 2740.º do Cód. Civil italiano). Mesmo o outro pode responder com a totalidade dos seus bens se o facto lhe for também imputável (2055.º do Cód. Civil italiano)⁵⁴⁴. Por isso, entende-se que os arts. 186.º e segs. do Cód. Civil italiano não regulam todos os casos de responsabilidade dos bens comuns ou de responsabilidade de ambos os cônjuges (apesar do elenco taxativo), dado que devem ler-se as referidas disposições em articulação com as normas gerais, seja em matéria contratual ou extracontratual^{545 546}. O problema das

⁵⁴² É neste sentido que se inclina a maioria da jurisprudência.

⁵⁴³ Neste sentido, Corsi, *ob. cit.*, p. 159, Enrico Quadri, “Obblighi gravanti sui beni...”, *ob. e loc. cit.*, pp. 770 e 771, Patrizia di Martino, *ob. e loc. cit.*, p. 215, L. Brusculgia, pp. 326 e 327, e F. Galgano, *ob. cit.*, pp. 118 e 119 (ainda que admita que nem todas as dívidas de natureza extracontratual podem incluir-se na al. b) do art. 186.º do Cód. Civil italiano). A jurisprudência italiana defende a mesma posição (A. Galasso, *ob. cit.*, pp. 400 e 401). A. Finocchiaro/M. Finocchiaro, *Diritto di famiglia...*, *cit.*, p. 1105, consideram, por seu lado, que as obrigações extracontratuais não devem considerar-se encargos de administração (al. b) do art. 186.º do Cód. Civil italiano) mas antes dívidas contraídas conjuntamente pelos cônjuges (al. d) do art. 186.º do Cód. Civil italiano). Mastropaolo/Pitter, *ob. e loc. cit.*, p. 240, consideram que, não sendo a comunhão um sujeito de direito, as dívidas relativas aos arts. 2051.º a 2054.º do Cód. Civil italiano responsabilizam não só os bens comuns, mas também todos os bens próprios do cônjuge obrigado a reparar o dano, cuja responsabilidade resulta do art. 2740.º do Cód. Civil italiano e, eventualmente, do art. 2055.º do mesmo código. Por sua vez, De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia...*, *cit.*, p. 610 e nota 233, e *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato...*, *cit.*, p. 695 e nota 233, citando a decisão do Tribunal de Bolonha, de 27 de Janeiro de 1986, critica esta posição, entendendo que poderia conduzir à situação de responsabilidade primária directa do património individual do cônjuge e não a uma responsabilidade dos bens comuns.

⁵⁴⁴ Contra, A. Galasso, *ob. cit.*, p. 403, para quem as regras relativas à responsabilidade patrimonial no âmbito do direito da família prevalecem sobre as outras regras gerais.

⁵⁴⁵ Cian/Villani, *loc. cit.*, p. 367, e Mastropaolo/Pitter, *ob. e loc. cit.*, pp. 240 e 241.

dívidas extracontratuais não tem, de facto, uma solução expressa no Cód. Civil italiano, ao contrário do que acontece noutros ordenamentos jurídicos, como o português (art. 1692.º), o francês (art. 1413.º do Cód. Civil francês), e até o alemão (aplicação da regra geral da responsabilidade)⁵⁴⁷.

O art. 1366.º do Cód. Civil espanhol regula uma situação em que os bens comuns respondem directa e solidariamente com os bens próprios do cônjuge que contraiu a dívida. O art. 1366.º, regulando simultaneamente a responsabilidade interna e externa da comunhão pela dívida, constitui um prolongamento do art. 1362.º Cód. Civil espanhol, no que se refere ao passivo definitivo da comunhão, e do art. 1365.º Cód. Civil espanhol, quanto à responsabilidade directa face aos credores comuns, artigos reservados à existência de um vínculo contratual. Assim, as obrigações extracontratuais⁵⁴⁸ de um dos cônjuges (se contraídas pelos dois rege o art. 1367.º do Cód. Civil espanhol), contraídas em benefício da vida familiar ou no âmbito da administração dos bens, responsabilizam também a comunhão, salvo se existir dolo ou culpa grave do cônjuge devedor.

A opção do art. 1366.º do Cód. Civil espanhol parece ir em sentido contrário à prevista no anterior art. 1410.º do Cód. Civil espanhol que, por princípio, determinava a irresponsabilidade da comunhão pelas multas e sanções pecuniárias. O património comum podia, contudo, e sempre a título provisório, responder por tais dívidas na falta ou insuficiência de bens próprios do cônjuge devedor.

O art. 1366.º do Cód. Civil espanhol apresenta uma solução que se distingue dos ordenamentos jurídicos francês (art. 1417.º do Cód. Civil francês - no qual a comunhão responde pela dívida apenas a título provisório, devendo compensação o cônjuge que incorreu em responsabilidade), italiano (que não regula esta matéria no âmbito da responsabilidade por dívidas dos cônjuges, vigorando, por isso, a regra geral do art.

⁵⁴⁶ De referir que a jurisprudência e parte da doutrina italianas incluem no art. 170.º do Cód. Civil italiano e na responsabilidade dos bens do fundo patrimonial as dívidas de origem extracontratual. Apesar de o mesmo art. 170.º falar em “*contratti*” os tribunais entendem ser de admitir também as obrigações não contratuais desde que esteja em causa uma necessidade da vida familiar, ou seja, relevante é o destino objectivo da dívida para a satisfação das *bisogni della famiglia*. Sobre este assunto, v., o comentário à decisão da *Corte di Cassazione*, Sez. I, de 5 de Julho de 2003 (*Rivista del Notariato*, n.º 6, 2003, p. 1566), que admitiu a responsabilidade dos bens do fundo patrimonial no caso de obrigação ressarcitória.

⁵⁴⁷ V., S. Patti, “Il declino della *imunity doctrine* nei rapporti familiari”, *Rivista di Diritto Civile*, ano XXVII, I, 1981, pp. 394-398.

⁵⁴⁸ A terminologia legal levanta dúvidas de interpretação à doutrina e jurisprudência, dado não ser utilizada tal expressão a propósito da responsabilidade extracontratual e, além disso, a jurisprudência tem admitido uma dupla classificação contratual e extracontratual nos casos em que o autor do dano e a vítima estão ligados por um vínculo contratual (o que dificulta ainda mais a interpretação do art. 1366.º Cód. Civil espanhol). V., sobre esta questão, J. Barceló Doménech, *ob. cit.*, pp. 59 e segs.

2740.º do Cód. Civil italiano, ou seja, cada cônjuge é responsável com os seus bens próprios e, na falta ou insuficiência destes, com a sua meação nos bens comuns, devendo, neste caso, compensação à comunhão – arts. 189.º e 192.º do Cód. Civil italiano)⁵⁴⁹, belga⁵⁵⁰, alemão⁵⁵¹, e até do nosso art. 1692.º, al. b) (ainda que aqui a dívida possa ser comum se houver responsabilidade meramente civil e se tratar de uma dívida enquadrável no art. 1691.º)⁵⁵².

As dívidas extracontratuais reguladas no art. 1366.º do Cód. Civil espanhol são, desde logo, as originadas por acções ou omissões com culpa ou negligência, que causam danos a terceiros e que implicam a obrigação de os reparar, nos termos do art. 1902.º do Cód. Civil espanhol. Mas também, numa interpretação ampla que tem sido seguida, e atendendo ao art. 1089.º do Cód. Civil espanhol, todas aquelas que não têm por fundamento uma obrigação convencionalmente assumida (p. ex., multas ou coimas pecuniárias, responsabilidade decorrente de quase-contratos, responsabilidade civil por factos ilícitos...). Entende-se também de incluir os danos causados pelos filhos⁵⁵³, bem como causados por animais ou coisas, nos termos dos arts. 1903.º e 1905.º e segs. do

⁵⁴⁹ De Paola/Macri *ob. cit.*, p. 196, e M. Gionfrida Daino, *ob. cit.*, p. 58. Outros autores (Corsi, *ob. cit.*, p. 159, Santosuosso, *Commentario del Codice Civile. Delle persone e della famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia, cit.*, p. 276, e Beni ed attività economica..., *cit.*, p. 163, e L. Barbiera, *ob. e loc. cit.*, p. 560), consideram que as dívidas resultantes de responsabilidade extracontratual são comuns nos termos do art. 186.º, al. b), do Cód. Civil italiano, como encargos de administração. Gabrielli/Cubbedu, *ob. cit.*, pp. 159 e 160, consideram que a dívida pode ser comum, nos termos da al. d) do art. 186.º se ambos forem responsáveis por ela.

⁵⁵⁰ No domínio da obrigação pela dívida, o ordenamento jurídico belga considera como própria a dívida resultante de um comportamento culposos que o Cód. Civil contempla em três hipóteses: as dívidas provenientes do exercício por um dos cônjuges de uma profissão proibida, de acordo com o art. 216.º; as dívidas resultantes de actos que um cônjuge não possa realizar sem o consentimento do outro cônjuge ou respectiva autorização judicial (art. 1418.º); as dívidas resultantes de uma condenação penal, ou de um delito ou quase-delito praticado por um dos cônjuges. A estas resultantes do art. 1407.º do Cód. Civil belga a doutrina acrescenta ainda as dívidas resultantes de delitos fiscais. No campo da contribuição pela dívida, se o património comum pagou a mesma terá direito a uma compensação (art. 1412.º), salvo se a comunhão se enriqueceu com o facto (art. 1410.º), e, em geral, sempre que tenha pago uma dívida surgida no interesse exclusivo de um dos cônjuges (art. 1432.º).

⁵⁵¹ O direito alemão, quanto à comunhão de bens, distingue as relações externas (*Aussenverhältnis*) e as internas (*Innenverhältnis*) e, nos dois casos, consoante a administração caiba a ambos os cônjuges ou apenas a um deles. No campo das relações externas, face aos credores, não há disposição legal reguladora da questão, pelo que a doutrina entende que, de acordo com o critério geral de que a comunhão responde pela maioria das dívidas dos cônjuges, entre estas deve incluir-se as resultantes de actos ilícitos. Nas relações internas, os §§ 1441.º, 1.º (no âmbito da administração singular), e 1463.º, 1.º (no domínio da administração conjunta do património comum) do BGB, determinam que responde o cônjuge que contrai a dívida pelas obrigações derivadas de um acto ilícito praticado depois do início da comunhão de bens ou de um processo penal iniciado por causa de tal acto e os gastos do litígio ocasionado por tais obrigações (salvo se foi absolvido). Ou seja, as dívidas decorrentes da prática de um acto ilícito ou de processo judicial a ele ligado são próprias do cônjuge que o praticou. Mas se a dívida ocorreu antes da comunhão, o encargo será assumido inteiramente pelo património comum (§§ 1437.º e 1459.º do BGB).

⁵⁵² Para esta análise comparativa, v., J. Barceló Doménech, *ob. cit.*, pp. 39-57.

⁵⁵³ Contra, Abelló Margalef, *loc. cit.*, p. 811, que inclui tal responsabilidade no art. 1365.º, 1.º, do Cód. Civil espanhol, resultante da relação de poder paternal face aos filhos.

Cód. Civil espanhol (ainda que aqui a dívida possa incluir-se no art. 1367.º do Cód. Civil espanhol), e os casos de responsabilidade objectiva (sendo certo que aqui deve também fazer-se um juízo da culpa do agente, dado que o dolo ou culpa grave afasta o art. 1366.º do Cód. Civil espanhol, o que a jurisprudência tem feito)⁵⁵⁴.

Depois, exige-se que o cônjuge devedor tenha actuado em proveito da sociedade conjugal, mas não se exige a obtenção de um resultado útil nesse sentido (basta a actuação nesse sentido, tal como a nossa noção de proveito comum), nem um proveito necessariamente patrimonial (podendo ser de mero lazer), ou no âmbito da administração dos bens⁵⁵⁵. A concretização do que seja o interesse da família implica um grau de grande discricionariedade do tribunal, procurando conjugar esse interesse com o referido no art. 67.º do Cód. Civil espanhol⁵⁵⁶.

Por outro lado, a culpa grave ou o dolo excluem a responsabilidade dos bens comuns, mas não a simples actuação culposa ou negligente nem a decorrente de responsabilidade objectiva⁵⁵⁷. A interpretação a dar à excepção aí prevista, no caso de dolo ou culpa

⁵⁵⁴ Para uma interpretação do art. 1366.º do Cód. Civil espanhol, v., A. Ocaña Rodríguez, *ob. cit.*, pp. 38-40, J. Barceló Doménech, *ob. cit.*, pp. 59 e segs., e Yolanda Bustos Moreno, *ob. cit.*, pp. 317 e segs. De entre as dívidas previstas no art. 1366.º do Cód. Civil espanhol, podem destacar-se as dívidas tributárias, as quais alguns autores e a jurisprudência incluem também no art. 1362.º, 2.º a 4.º, do Cód. Civil espanhol (v., J. Barceló Doménech, *ob. cit.*, pp. 73-76, e Yolanda Bustos Moreno, *ob. cit.*, pp. 338 e segs.). V., o que a este propósito já referimos, *supra*, p. 203, nota 520.

⁵⁵⁵ A norma não distingue que actos de administração e a que bens se refere (ao contrário do previsto, p. ex., no art. 1362.º, 3.º, do Cód. Civil espanhol, onde se incluem apenas os actos de administração ordinária dos bens próprios). Assim, e como referem M. A. Rueda Pérez/J. M. Rueda Pérez, *loc. cit.*, p. 570, J. Fernández Villa, *loc. cit.*, p. 663, e J. Barceló Doménech, *ob. cit.*, p. 98, a administração dos bens configura-se de forma muito ampla e global, abrangendo os bens próprios e os comuns e os actos de administração ordinária e extraordinária. Porém, quanto aos actos de administração extraordinária que versam sobre bens próprios, ainda que se possa visar uma maior protecção ao credor, M. Amorós Guardiola, *et allii*, *ob. cit.*, p. 1695, defende que seja o património próprio do cônjuge a suportar a título definitivo a dívida (tanto mais que é ele o seu proprietário). Também Yolanda Bustos Moreno, *ob. cit.*, pp. 331 e 332, defende o mesmo, salvo se desse acto houve proveito para a comunhão, situação em que, por ligação ao art. 1362.º, 3.º, do Cód. Civil espanhol, a dívida será da comunhão.

⁵⁵⁶ Para a análise de alguma jurisprudência concretizadora do conceito de proveito da família, v., J. Barceló Doménech, *ob. cit.*, pp. 93-96.

⁵⁵⁷ M. Amorós Guardiola, *et allii*, *ob. cit.*, p. 1697, considera que o património comum deve também responder pelas consequências patrimoniais de um delito penal praticado por um dos cônjuges. A integração no passivo definitivo dependerá de saber se não existe culpa grave ou dolo. Yolanda Bustos Moreno, *ob. cit.*, pp. 321 e 322, considera, por seu lado, que ficam de fora do art. 1366.º do Cód. Civil espanhol as dívidas resultantes de responsabilidade civil por delito penal. De facto, o art. 1366.º exclui os casos em que haja dolo ou culpa grave. Ora, no Cód. Penal espanhol só constitui crime casos de *imprudencia grave* e a *imprudencia leve* origina uma *falta* (infracção que a lei penal espanhola castiga com pena leve – arts. 10.º e 13.º do Cód. Penal espanhol -, e que, entre nós, integra aquilo a que chamamos a pequena criminalidade, os “crimes menores”), única situação que poderia caber no art. 1366.º (nas restantes a dívida será própria respondendo os bens próprios do cônjuge e os bens comuns nos termos do art. 1373.º do Cód. Civil espanhol). E o mesmo se refira quanto às penas pecuniárias resultantes do delito (multa). V. também, e no mesmo sentido, Jerónimo López Pérez, *loc. cit.*, p. 762, e J. Barceló Doménech, *ob. cit.*, pp. 76-82. Também, Abelló Margalef, *loc. cit.*, p. 811, entende que, em todo o caso, sempre se tratará de um caso de responsabilidade civil, nos termos do art. 1902.º do Cód. Civil espanhol, e não responsabilidade resultante de ilícito penal, por cujos danos só responderá o cônjuge causador dos mesmos.

grave, não é uniforme na doutrina, entendendo alguns autores que a sua existência afasta a responsabilidade dos bens comuns (continuando a responder o património do cônjuge que praticou o acto como dívida própria)⁵⁵⁸, enquanto outros consideram que a existência do dolo ou culpa grave apenas afasta a responsabilidade dos bens comuns quanto à responsabilidade definitiva (*cargo*), isto é, no aspecto interno, continuando a responsabilidade comum como garantia face aos credores⁵⁵⁹.

Considera-se também que as dívidas que o art. 1367.º do Cód. Civil espanhol refere podem também ser de origem não contratual, quando se trate de dívida por ambos contraída (e não por um com consentimento do outro), nomeadamente, quando ambos os cônjuges praticam um facto ilícito e incorrem em responsabilidade penal por isso, ou ambos gerem um negócio alheio ou obtêm um enriquecimento injusto, ou são responsáveis como pais pelos danos causados pelos filhos menores, etc.⁵⁶⁰.

No direito alemão, e ainda que a regra seja a de que as dívidas da comunhão são suportadas a título definitivo pelos bens comuns, certas dívidas responsabilizam, nas relações internas entre os cônjuges (a título definitivo) os patrimónios pessoais dos cônjuges e não o património comum. Trata-se, nomeadamente, das dívidas decorrentes de um facto ilícito ou de uma infracção penal (relativas à multa ou coima) praticados no decurso da comunhão e as custas processuais relativas às mesmas (§§ 1441.º e 1463.º do BGB).

Havendo comparticipação dos cônjuges na infracção criminal, o Cód. Civil de 1966, suprimindo a expressão, da parte final do § 1.º do art. 1115.º do Cód. Civil de 1867, *praticados por algum dos cônjuges*, não deixa de tratar a dívida em causa nos termos dos arts. 1692.º, al. b), e 1696.º, n.º 1. Quer o crime tenha sido praticado por um só, quer seja da autoria de ambos os cônjuges, as sanções pecuniárias correspondentes, além de serem pessoais, incomunicáveis e intransmissíveis (art. 30.º da CRP), serão, para efeitos da lei civil, da responsabilidade exclusiva do cônjuge a que cada uma delas se refere⁵⁶¹.

M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ibidem*, inclui também no art. 1366.º do Cód. Civil espanhol as obrigações extracontratuais resultantes de omissões praticadas pelos cônjuges (p. ex., a falta de pagamento de impostos que oneram bens próprios, com os consequentes juros de mora e eventuais multas). Porém, o património comum só responderá a título definitivo pela dívida se o cônjuge que não cumpriu a obrigação actuou com a devida diligência, pois, caso contrário, será o património deste o responsável a título definitivo pela mesma dívida.

⁵⁵⁸ Abelló Margalef, *loc. cit.*, p. 812, J. Fernández Villa, *loc. cit.*, p. 664, J. Barceló Doménech, *ob. cit.*, p. 104, e L. Díez-Picazo/A. Gullón, *ob. cit.*, p. 179.

⁵⁵⁹ Tomás Giménez Duart, “Cargas y obligaciones...”, *loc. cit.*, p. 550, e M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, p. 1700.

⁵⁶⁰ A. Ocaña Rodríguez, *ob. cit.*, pp. 59-62.

⁵⁶¹ No direito italiano, a responsabilidade patrimonial dos bens comuns, nos termos do art. 186.º, al. d), do Cód. Civil italiano, permanece no caso de obrigações resultantes de facto ilícito, se ambos os cônjuges estiverem vinculados. P. ex., as dívidas

Sobre a última parte do art. 1692.º, al. b), é interessante analisar o ac. do STJ, de 06.07.1993 (<http://www.dgsi.pt>). Um homem casado, ao conduzir o veículo de carga ao serviço da empresa para quem trabalhava, provocou um acidente pelo qual foi considerado culpado. A empresa pretendia obter a condenação do empregado, e da sua mulher, no pagamento do valor dos danos sofridos pelo veículo e dos lucros cessantes. O Tribunal de 1.ª instância e a Relação entenderam que a mulher do motorista também seria responsável, dado que o facto de que resultou a responsabilidade era meramente culposo e ocorrera no exercício da profissão de um dos cônjuges, da qual advinham os proventos para o sustento do lar. O STJ entendeu, de modo contrário, que o motorista praticou um facto ilícito culposo no âmbito do exercício da sua actividade profissional ao serviço e no interesse da empresa (e não no interesse do casal).

A divergência no resultado das decisões esteve na aplicação do disposto na parte final do art. 1692.º, al. b). Para as instâncias, o interesse do casal, que justificaria a responsabilidade do outro cônjuge, poderia ser um mero proveito indirecto que o motorista retirava da sua actividade profissional. Para o STJ esse proveito comum, capaz de alargar ao cônjuge a responsabilidade pelo facto ilícito culposo, teria de ser um proveito directo. Assim, p. ex., quando um cônjuge conduz um veículo, bem próprio de um dos cônjuges, ao serviço do seu estabelecimento comercial, ou circula por ordem de ambos os cônjuges, ou se desloca para a realização de uma tarefa de interesse comum, ordenada pelo cônjuge administrador, no âmbito dos seus poderes de administração⁵⁶². A jurisprudência espanhola, a propósito do art. 1366.º do Cód. Civil espanhol, admite também a responsabilidade da comunhão, por haver interesse do casal, no caso de dano causado por condutor de um camião ao serviço da actividade comercial do marido. Este seria responsável subsidiário pelo dano e a dívida recai sobre a comunhão nos termos do art. 1366.^{o563}.

resultantes do pagamento de danos por facto ilícito causado pelos filhos menores (arts. 2047.º e 2048.º do Cód. Civil italiano), responsabilizam os bens comuns e pessoalmente o património próprio dos cônjuges. V., Enrico Quadri, “Obblighi gravanti sui beni...”, *ob. e loc. cit.*, pp. 771 e 775, Gabrielli/Cubeddu, *ob. cit.*, p. 158, L. Brusuglia, *ob. e loc. cit.*, p. 341, M. Verzera, *ob. e loc. cit.*, pp. 624 e 625. Contra, De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia...*, *cit.*, p. 617, e *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato...*, *cit.*, p. 701, segundo o qual, nos casos em que o cônjuge é chamado a responder a título pessoal e solidário, nos termos do art. 2055.º do Cód. Civil italiano, o credor deve ser considerado um credor pessoal, só obrigando os bens comuns a título subsidiário e nos termos do art. 190.º, 2.º, do Cód. Civil italiano, e L. Barbiera, *ob. e loc. cit.*, p. 565.

⁵⁶² V., Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 463.

⁵⁶³ V., J. Barceló Doménech, *ob. cit.*, p. 95.

2.3.3. Arts. 1692.º, al. c), e 1694.º, n.º 2, do Cód. Civil

A al. c) do art. 1692.º remete para as dívidas previstas no art. 1694.º, n.º 2, regulando as dívidas que oneram bens próprios de um dos cônjuges. Já referimos este art. 1694.º, n.º 2, 1.ª parte, onde se contemplam dívidas da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges, ao analisarmos a regulamentação do art. 1694.º a propósito das dívidas comuns, para onde remetemos.

A redacção de 1966 daquele art. 1692.º incluía, na sua al. c), matéria de dívidas alimentares que, tal como o n.º 4 do art. 1691.º, foi eliminada pela Reforma de 1977.

2.3.4. Art. 1693.º do Cód. Civil

Também as dívidas previstas no art. 1693.º, n.º 1 (que corresponde aos arts. 1120.º e 2024.º do Cód. de Seabra), são da exclusiva responsabilidade do cônjuge que as contraiu, ou seja, as dívidas que onerem doações, heranças ou legados, ainda que a aceitação de tais liberalidades tenha sido feita com o consentimento do outro cônjuge.

O mesmo se passa no ordenamento jurídico francês. Com efeito, e em termos gerais, há dívidas próprias de um dos cônjuges que apenas deverão ser suportadas pelo património próprio do cônjuge que contraiu a dívida e a comunhão não terá de as suportar, nem a título definitivo nem a título provisório. Os bens comuns só respondem por tais dívidas nos termos do art. 1411.º, 2.º, do Cód. Civil francês, ou seja, se os móveis que pertenciam ao devedor no momento da celebração do casamento ou que lhe tenham advindo por sucessão ou doação integrarem o património comum e não possam ser identificados, nos termos do art. 1402.º do Cód. Civil francês. Trata-se das dívidas levadas por um dos cônjuges para o casamento ou que onerem heranças ou liberalidades que adquira durante o casamento, incluindo os juros e “*arrérages*” (atrasos no pagamento) relativos às mesmas⁵⁶⁴ (art. 1410.º do Cód. Civil francês)⁵⁶⁵. Trata-se do

⁵⁶⁴ P. ex., uma doação a título de renda vitalícia, ou os juros de um empréstimo anterior ao casamento ou de uma torna de partilha.

⁵⁶⁵ Tal como os bens herdados ou doados durante o casamento permanecem próprios também as dívidas relativas às sucessões ou liberalidades são próprias, garantindo-se um equilíbrio entre o activo e o passivo da comunhão. Por isso, se a doação ou legado ingressar no património comum, a dívida a ela relativa também será comum (F. Terré/Ph. Simler, *ob. cit.*, p. 288, nota 1, e A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, p. 380, nota 2). De referir ainda que se a sucessão for aceite em benefício de inventário, o pagamento das dívidas que a oneram só pode dar-se relativamente aos bens da sucessão (Aubry/Rau, *ob. cit.*, p. 320).

passivo “presente e futuro”, sendo de considerar a dívida própria se o facto gerador da mesma for anterior ao casamento⁵⁶⁶.

Também no regime de comunhão “*des meubles et acquêts*”, o art. 1501.º do Cód. Civil francês estabelece que a repartição do passivo anterior ao casamento ou que onere sucessões e liberalidades não pode prejudicar os credores. Por isso, estes conservam o direito de exigir o seu pagamento sobre os bens que constituíam a sua garantia. Podem mesmo executar os bens comuns se os bens móveis do seu devedor se confundiram no património comum e não possam identificar-se nos termos do art. 1402.º do Cód. Civil francês. Nada justificaria que, pela adopção deste regime de bens, os cônjuges viessem reduzir a garantia dos seus credores.

No ordenamento jurídico italiano, as dívidas não previstas no art. 186.º do Cód. Civil italiano são próprias do cônjuge que as contraiu. Em termos gerais, a responsabilidade é própria do cônjuge que contraiu a dívida no caso de dívidas contraídas por um dos cônjuges antes do casamento (art. 187.º do Cód. Civil italiano)⁵⁶⁷, dívidas que onerem

⁵⁶⁶ Sobre a questão da anterioridade do título do credor, v., A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., p. 380. Para determinar a anterioridade da dívida ao casamento, o critério será o da data do facto que deu origem à dívida, tal como dispõe o nosso art. 1690.º.

Dado que os bens em causa são próprios, as dívidas referidas no texto são também próprias do cônjuge titular dos bens. É a relação entre o activo e o passivo que dita a solução, sem prejuízo de algumas excepções no plano da *obligation à la dette*, a seguir referidas (Flour/Champenois, *ob. cit.*, pp. 365-373). Repare-se que, também entre nós, as dívidas anteriores podem ou não ser comuns – als. a) e b) do n.º 1 e n.º 2 do art. 1691.º.

⁵⁶⁷ Ou, mais correctamente, antes da comunhão dado que os cônjuges podem, mesmo depois do casamento, optar pelo regime de comunhão legal (Santosuosso, *Commentario del Codice Civile. Delle persone e della famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 283, e A. Galasso, *ob. cit.*, p. 422). Será também de articular o art. 187.º do Cód. Civil italiano com o art. 211.º do mesmo código que, apesar de disposto no âmbito da comunhão convencional, será de aplicar aos casos em que os bens ingressam na comunhão (Mastropaolo/Pitter, *ob. e loc. cit.*, p. 256, e A. Galasso, *ob. cit.*, p. 423).

O art. 211.º do Cód. Civil italiano, como consequência do alargamento do objecto da comunhão, estabelece que os bens comuns respondem, e a título principal, não subsidiariamente, pelas dívidas contraídas por um dos cônjuges antes do casamento proporcionalmente ao valor dos bens da propriedade do cônjuge que, por força da convenção matrimonial, passaram a integrar a comunhão - o valor dos bens deve determinar-se no momento da contracção da dívida e não no momento em que os bens ingressaram na comunhão (v., A. Galasso, *ob. cit.*, p. 592). No que exceder tal valor, o credor pessoal estará sujeito às regras da comunhão legal quanto à execução sobre bens comuns (art. 189.º do Cód. Civil italiano). O objectivo é o de evitar que a comunhão convencional possa ser um meio de retirar a garantia patrimonial do terceiro credor que não poderia executar os bens com que contava no momento da contracção da dívida por, entretanto, terem ingressado na comunhão. Por outro lado, o ingresso de bens na comunhão não prejudica os credores pessoais do cônjuge (que, aparentemente, veriam reduzida a sua garantia patrimonial), pois podem executar todos os bens comuns na proporção do valor dos bens que eram propriedade do cônjuge devedor e que ingressaram na comunhão (e não apenas, na falta de bens próprios, a sua meação - art. 189.º, 2.º, do Cód. Civil italiano). Não há, pois, necessidade de excussão dos bens próprios do cônjuge devedor para o credor poder exigir o pagamento pelos bens comuns. V., Natalino Irti, “Della comunione convenzionale”, in AAVV, *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, cit., sob a direcção de Carraro/Oppo/Trabucchi, p. 460, e De Paola/A. Macri, *ob. cit.*, p. 224. Contra, Bruno de Filippis, *ob. cit.*, p. 311, ao dizer que o art. 211.º do Cód. Civil italiano não refere a subsidiariedade do art. 189.º do Cód. Civil italiano, mas esta deve considerar-se implícita, não sendo possível agredir os bens comuns se o cônjuge devedor possuir bens pessoais suficientes para o pagamento ao credor. Portanto, o credor pessoal do cônjuge, anterior ao casamento, continua a ter a garantia do seu crédito com os bens próprios do devedor (art. 177.º do Cód. Civil italiano), acrescida da responsabilidade dos bens, entretanto, comuns (art. 179.º do Cód. Civil

doações e sucessões em que ingresse o cônjuge durante o casamento, nos termos do art. 188.º do Cód. Civil italiano (e cujos bens não integrem a comunhão)⁵⁶⁸, dívidas contraídas depois do casamento por um dos cônjuges no exercício de um acto de administração extraordinária sem o consentimento do outro cônjuge, as dívidas contraídas por um dos cônjuges para a satisfação de um interesse diverso do familiar (art. 186.º, al. c), *a contrario*, do Cód. Civil italiano), as dívidas contraídas por um cônjuge para aquisição de um bem próprio ou para realização de um acto de administração de um bem próprio (art. 185.º do Cód. Civil italiano), as dívidas assumidas por um cônjuge no exercício da sua profissão (dado que os bens relativos à profissão não integram a comunhão - art. 179.º, al. d), do Cód. Civil italiano – e os proventos resultantes da actividade profissional não integram a comunhão imediata – art. 177.º, al. c), do Cód. Civil italiano), as dívidas contraídas no exercício da empresa individual de um dos cônjuges (atendendo ao art. 178.º do Cód. Civil italiano, que exclui a *azienda individuale* dos bens da comunhão)⁵⁶⁹, as dívidas decorrentes de facto ilícito praticado exclusivamente por um dos cônjuges (vai em sentido contrário, como já referimos, a decisão do tribunal de Bolonha, de 27 de Janeiro de 1986), etc.⁵⁷⁰.

Por seu lado, o art. 1363.º do Cód. Civil espanhol considera também da responsabilidade da *sociedad de gananciales* as somas doadas ou prometidas por ambos os cônjuges de comum acordo, quando não estipulem que as mesmas devam ser suportadas, na totalidade ou em parte, pelos bens próprios de um dos cônjuges. Regula a

italiano). T. Auletta, *ob. cit.*, p. 201, entende ser de estender a regra do art. 211.º do Cód. Civil italiano, expressamente aplicada aos bens que os cônjuges eram titulares antes do casamento, aos casos em que o crédito foi constituído antes de um bem próprio ingressar na comunhão, por força da estipulação de uma convenção modificativa. No mesmo sentido, Gabrielli/Cubeddu, *ob. cit.*, p. 303. Repare-se que deve articular-se o art. 211.º do Cód. Civil italiano com o art. 189.º do mesmo código, sob pena de prejudicar o próprio credor. P. ex., o património comum, de valor de 150, comporta 50 de bens que eram próprios do cônjuge devedor. De acordo com o art. 189.º do Cód. Civil italiano, o credor pessoal pode, a título subsidiário, actuar sobre a meação nos bens comuns do devedor, em princípio, metade (75) - o exemplo é de Gabrielli/Cubeddu, *ob. cit.*, pp. 304 e 305. Se se aplicasse apenas o art. 211.º do Cód. Civil italiano o credor apenas poderia actuar sobre 50. Daí a necessidade de articular as duas disposições legais, ou seja, o credor pessoal pode executar os bens próprios e os bens comuns na proporção do valor dos bens que eram propriedade do cônjuge devedor e que ingressaram na comunhão (50). A título subsidiário pode ainda obter o pagamento pela meação do cônjuge devedor nos bens comuns (outros 50 – retirando 50 aos 150 ficarão 100). Por outro lado, pelas dívidas contraídas depois do casamento, e que sejam próprias de um dos cônjuges, respondem os bens comuns nos termos gerais do art. 189.º do Cód. Civil italiano.

⁵⁶⁸ A. Finocchiaro/M. Finocchiaro, *Diritto di famiglia...*, *cit.*, p. 1107, Mastropaolo/Pitter, *ob. e loc. cit.*, p. 257, e A. Galasso, *ob. cit.*, p. 423. As normas dos arts. 187.º e 188.º do Cód. Civil italiano são supérfluas, dado que à sua solução chegar-se-ia pela combinação dos arts. 179.º e 186.º do Cód. Civil italiano.

⁵⁶⁹ Estas duas últimas classes de dívidas responsabilizam os bens comuns no ordenamento jurídico espanhol – v., os arts. 1362.º e 1365.º do Cód. Civil espanhol - e no nosso ordenamento jurídico.

⁵⁷⁰ Para uma análise destas dívidas, v., M. Gionfrida Daino, *ob. cit.*, pp. 57-72, e De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia...*, *cit.*, pp. 621-625, e *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato...*, *cit.*, pp. 705-708.

questão das doações feitas pelos cônjuges e não as por eles recebidas. Refere-se a um montante pecuniário (“*cantidades*”)⁵⁷¹, reportado a valores comuns, e doado ou prometido por ambos os cônjuges (a favor de qualquer pessoa e não apenas, como acontece nos §§ 1444.º e 1466.º do BGB, a favor dos filhos comuns ou de só um dos cônjuges). Atendendo aos arts. 1375.º e segs. do Cód. Civil espanhol, parece que poderia ter-se prescindido do art. 1363.º⁵⁷². De facto, para efectuar uma doação de bens comuns os cônjuges devem actuar em conjunto ou um com o consentimento do outro, dado que a falta do consentimento de um acarreta a nulidade da doação, nos termos dos arts. 1378.º e 1322.º, 2.º, do Cód. Civil espanhol. Por outro lado, o art. 1363.º do Cód. Civil espanhol vem repetir a regra geral do art. 1367.º do mesmo código. Isto apesar de o art. 1363.º determinar a responsabilidade da dívida a cargo da comunhão e o art. 1367.º regular a situação em que os bens comuns respondem pela dívida, independentemente de onerar o passivo definitivo da comunhão. Assim, as doações ou o prometido doar pelos cônjuges são dívidas pelas quais respondem os bens comuns (art. 1367.º do Cód. Civil espanhol) e que integram o passivo definitivo da comunhão (art. 1363.º do Cód. Civil espanhol)⁵⁷³.

Quanto às dívidas que oneram sucessões decorrentes da aceitação da herança por um dos cônjuges, o art. 995.º do Cód. Civil espanhol dispõe que se a aceitação se deu sem benefício de inventário por um dos cônjuges sem consentimento do outro (porque se houve pela dívida respondem os bens comuns – art. 1367.º do Cód. Civil espanhol), não

⁵⁷¹ Como escreve M. A. Rueda Pérez/J. M. Rueda Pérez, *loc. cit.*, p. 566, trata-se de montantes pecuniários, sendo de excluir os bens em geral.

Em sentido contrário, M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 1671-1677, entende que o art. 1363.º do Cód. Civil espanhol não deve reportar-se apenas a quantias em dinheiro, pois apesar de o artigo referir “*cantidades donadas*” também refere, na parte final, quando não se acorde a sua satisfação com “*bienes privativos*”. Por outro lado, se o art. 1363.º do Cód. Civil espanhol apenas se referisse a doações em dinheiro, ter-se-ia de aferir o regime das outras dívidas decorrentes de doações que não monetárias. E estas têm o mesmo regime, isto é, tais doações devem ser efectuadas por ambos os cônjuges para responsabilizarem a comunhão e, neste caso, só não responsabilizam os bens comuns se se estipular a sua satisfação com bens próprios. O objectivo do preceito é limitar os efeitos das doações ou promessas de doações de valores pecuniários praticados por apenas um dos cônjuges que, ainda que válidas (art. 1384.º), não responsabilizam o património comum. Neste sentido também se pronuncia Yolanda Bustos Moreno, *ob. cit.*, pp. 301 e 302. Esta última autora refere também que a comunhão é responsável pelas liberalidades de uso que, nos termos do art. 1378.º do Cód. Civil espanhol, qualquer um dos cônjuges pode realizar. Assim, as liberalidades efectuadas de acordo com a prática corrente são um encargo da comunhão se preencherem os requisitos do art. 1362.º do Cód. Civil espanhol, nomeadamente, o seu § 1.º (p. 305).

⁵⁷² Ainda que aqueles se refiram à validade dos actos e a eventual necessidade do consentimento e este à responsabilidade pela dívida. O que se pretende dizer é que sempre seria necessário o consentimento de ambos os cônjuges para doar, mesmo que o art. 1363.º do Cód. Civil espanhol não o referisse, admitindo que o art. 1363.º não se refere apenas a dinheiro, pois as quantias monetárias comuns podem ser doadas por qualquer dos cônjuges, nos termos do art. 1384.º do Cód. Civil espanhol.

⁵⁷³ M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, p. 1671.

respondem os bens comuns. Serão, portanto, dívidas próprias do aceitante. Será, porém, de considerar, como qualquer outra dívida própria, que os bens comuns respondem a título subsidiário e nos termos do art. 1373.º do Cód. Civil espanhol⁵⁷⁴. A solução já é diferente no caso de bens doados ou deixados em testamento a ambos os cônjuges (art. 1353.º do Cód. Civil espanhol). Neste caso, os bens são comuns, pelo que as dívidas hereditárias ou os encargos com as doações são também da responsabilidade da comunhão (art. 1362.º, 2.º, do Cód. Civil espanhol)⁵⁷⁵.

No direito alemão, e não obstante a regra da responsabilidade do património comum, este também não responde pelas dívidas decorrentes da aquisição de herança quando o herdeiro seja o cônjuge não administrador, ou qualquer um dos cônjuges no caso de administração conjunta, e tenha adquirido a herança, durante a comunhão, a título de património reservado ou próprio. O mesmo se aplica aos legados (§§ 1439.º e 1461.º do BGB). A excepção já não valerá se a herança ou legado integrar os bens comuns. Será o caso, p. ex., das dívidas da herança, dos encargos da doação ou do testamento⁵⁷⁶.

O problema que aqui poderá surgir, e regressando ao nosso ordenamento jurídico, será, dada a desnecessidade do consentimento do outro cônjuge para aceitação de doações, heranças ou legados (art. 1683.º), determinar qual o valor de tal consentimento quando seja prestado. Implicará a intenção de compartilhar a responsabilidade proveniente da dívida que onera a liberalidade?

Desde que a liberalidade seja feita e reverta em proveito exclusivo do aceitante, não é de presumir tal intenção. O propósito natural do cônjuge do aceitante, ao consentir na aceitação, será o de facilitar a aquisição por parte do seu consorte, e não o de partilhar os encargos com um benefício que directamente lhe não aproveita, tanto mais que tal consentimento não é necessário (art. 1683.º)⁵⁷⁷.

Diferentemente se passam as coisas quando os bens, por virtude do regime aplicável, ingressam no património comum, como sucederá no caso de se ter adoptado o regime da comunhão geral ou uma cláusula de comunicabilidade de certos bens adquiridos a título

⁵⁷⁴ M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, pp.1739-1741, e Nuria Hernández Rueda, *ob. cit.*, p. 81.

⁵⁷⁵ M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 1742-1745, analisa a possibilidade de, tratando-se de uma dívida contraída no interesse de um dos cônjuges, e, portanto, própria deste, o outro cônjuge prestar o seu consentimento para a contracção da mesma. Nesta situação, a dívida responsabiliza o património comum, nos termos do art. 1367.º do Cód. Civil espanhol, não sendo, assim, por vontade do cônjuge em obrigar também os bens comuns, de aplicar o art. 1373.º do Cód. Civil espanhol.

⁵⁷⁶ V., Staudinger, *ob. cit.*, §§ 1363.º-1563.º, § 1439 Rdn. 7, p. 560.

⁵⁷⁷ Cfr., entre outros, Braga da Cruz, “Capacidade patrimonial dos cônjuges...”, *loc. cit.*, pp. 402 e 403, e Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil...*, *cit.*, pp. 344-345.

gratuito (cfr. o art. 1729.º, n.º 1, 1.ª parte). Esta hipótese já a analisámos a propósito do art. 1691.º, n.º 1, al. e)⁵⁷⁸.

2.4 Bens que respondem pelas diversas classes de dívidas

2.4.1. Dívidas da responsabilidade de ambos os cônjuges (art. 1695.º do Cód. Civil)

No plano da responsabilidade patrimonial, o art. 1695.º (correspondente ao § 1.º do art. 1113.º do Cód. de Seabra, e ao art. 12.º, § 2.º, do anteprojecto de Pires de Lima e art. 15.º do anteprojecto de Braga da Cruz) regula o regime da responsabilidade pelas dívidas que recaem sobre ambos os cônjuges. Atenta a finalidade específica das dívidas em causa, respondem, em primeiro lugar, nos regimes de comunhão, os bens comuns, que integram um verdadeiro património colectivo, especialmente afectado à satisfação das necessidades da sociedade conjugal. Na falta ou insuficiência de bens comuns respondem, subsidiariamente, os bens próprios de qualquer dos cônjuges e, vigorando um dos regimes de comunhão, respondem solidariamente⁵⁷⁹, podendo o credor agredir indiferentemente o património próprio de qualquer dos cônjuges. Vigorando, porém, o regime de separação de bens, a responsabilidade dos bens próprios dos cônjuges não é solidária, a menos que, voluntariamente, se tenham obrigado como devedores solidários. A responsabilidade é, por isso, neste regime, conjunta, de acordo, aliás, com a regra geral do art. 513.º. Assim, cada um deles responde apenas pela parte da dívida que lhe compete ou pela parte do remanescente dela que lhe toque, na hipótese de uma parte da obrigação ter sido paga por bens de que ambos fossem contitulares⁵⁸⁰.

⁵⁷⁸ De referir que no anteprojecto de Braga da Cruz, “Capacidade patrimonial dos cônjuges...”, *loc. cit.*, pp. 401-403, propunha-se que a responsabilidade pelas dívidas correspondentes à liberalidade fosse comum ou exclusiva do cônjuge aceitante, consoante o outro tivesse dado ou não o seu consentimento à aceitação. Essa doutrina transitou para o projecto de Cód. Civil de 1966 na sua 1.ª revisão ministerial, mas já não foi aceite na 2.ª revisão. Estabeleceu-se que, entrando os bens doados, herdados ou legados no património comum, a responsabilidade pelas dívidas que onerem a liberalidade será comum, independentemente de ter havido ou não consentimento, já que este é desnecessário. O que se introduziu foi o reconhecimento ao cônjuge do aceitante de uma faculdade atribuída ao próprio aceitante. Ou seja, assim como pode o aceitante recusar o cumprimento dos encargos que excedam as forças da doação, herança ou legado (arts. 963.º, n.º 2, 2071.º, e 2276.º), também o seu cônjuge poderá opor-se ao cumprimento de tais dívidas para além do valor dos bens a que elas respeitam. O mesmo já era referido por Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, *cit.*, vol. VI, p. 539, a propósito do passivo no regime da comunhão de adquiridos à luz do Cód. de Seabra.

⁵⁷⁹ Trata-se, portanto, de uma solidariedade de patrimónios.

⁵⁸⁰ Deve, porém, atender-se a que a parte de cada cônjuge na responsabilidade não é necessariamente de 50%: pelo menos quando as dívidas se destinaram a ocorrer aos encargos normais da vida familiar, a responsabilidade de cada cônjuge deve corresponder à medida do seu dever de contribuir para os encargos, de acordo com o art. 1676.º, n.º 1, ou seja, na proporção das

Já no domínio da legislação anterior se entendia que não havia responsabilidade solidária dos cônjuges casados em regime de separação. Com mais razão se justifica a falta de solidariedade no Cód. Civil de 1966, onde o legislador acentuou, no regime de separação, a autonomia de cada um dos cônjuges em relação ao domínio, fruição e administração dos seus bens (cfr. os arts. 1682.º-A e 1735.º, n.º 1). Assim, o art. 1695.º, n.º 2, traduz a maior autonomia patrimonial entre os cônjuges casados em regime de separação de bens⁵⁸¹. De referir que, no regime de separação, a lei não tem, especialmente, em consideração os bens dos cônjuges em compropriedade, ou seja, o credor pode exigir conjuntamente o pagamento da dívida aos cônjuges sejam os bens próprios ou, apesar de próprios, possuídos em compropriedade, não fixando qualquer prioridade destes em relação àqueles (o que também não fazia sentido, dado não se tratar de um património comum, de afectação especial, que responderia pelas dívidas comuns, como acontece nos regimes de comunhão).

O ordenamento jurídico italiano, como referimos, não estipula expressamente a solidariedade mesmo para as dívidas contraídas pelos dois cônjuges ao abrigo do art. 186.º, al. d), do Cód. Civil italiano (cfr. o art. 190.º do mesmo código).

Não podemos deixar de chamar a atenção para o seguinte: a ideia da comunicabilidade da dívida (responsabilizando ambos os cônjuges) tem subjacente o facto de a mesma beneficiar ou poder beneficiar ambos os cônjuges e, com a comunicabilidade, proteger o credor que em vez de um só devedor tem dois. Acontece que no regime de separação de bens, sendo a dívida comum, não só respondem os cônjuges conjuntamente como o credor pode não obter o pagamento integral do seu crédito se um dos cônjuges não tiver bens. Ou seja, os interesses dos credores não foram particularmente considerados, como acontece nos regimes de comunhão, sendo de aplicar a regra geral da conjunção, e apenas essa responsabilidade conjunta (não existindo responsabilidade pessoal e integral do cônjuge que contraiu a dívida).

possibilidades de cada um (cfr. Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 459). O mesmo estipula o art. 1438.º do Cód. Civil espanhol.

No ordenamento jurídico francês se os cônjuges nada estipularem em convenção matrimonial (antes ou no decurso do casamento, nas condições previstas no art. 1397.º do Cód. Civil francês), o art. 214.º do Cód. Civil francês determina que os cônjuges contribuem para os encargos da vida familiar “à *proportion de leurs facultés respectives*”, relativamente aos recursos financeiros de cada cônjuge, incluindo não apenas os rendimentos presentes que cada um retira do seu trabalho mas também o valor dos bens de que é proprietário e os ganhos potenciais que, de uma administração zelosa, resultem desses bens.

⁵⁸¹ Pires de Lima, “Anteprojecto...”, *loc. cit.*, p. 22, explicava que a responsabilidade solidária dos cônjuges parecia ser a solução lógica para as dívidas comuns, não havendo separação de bens. A solução de no regime de separação de bens a responsabilidade não ser solidária era a solução que mais se harmonizava com a índole da separação elaborada no seu anteprojecto. É também isso que se pode ler em Braga da Cruz, “Capacidade patrimonial dos cônjuges...”, *loc. cit.*, p. 406.

De facto, sendo a dívida contraída por apenas um dos cônjuges, mas da responsabilidade comum, nem o património do cônjuge que contraiu a dívida pode o credor executar na totalidade, afastando-se aqui da regra geral da garantia das obrigações (art. 601.º). Entendemos que nada justifica o afastamento do regime geral em matéria de responsabilidade patrimonial. O cônjuge que contrai a dívida deveria responder na totalidade por ela (o que, aliás, acontece no ordenamento jurídico francês, seja nos regimes de comunhão, seja no regime de separação: o cônjuge que contrai a dívida obriga-se com todo o seu património pelo pagamento da mesma, nos termos gerais). O credor está em pior posição sendo a dívida comum do que se ela for própria do cônjuge que a contraiu. Assim, deveria ser estabelecido o regime da conjunção, sem prejuízo de, e sobretudo no caso de falta de bens de um dos cônjuges, e tratando-se de dívida contraída por apenas um deles mas que a ambos os cônjuges responsabiliza, responder pela totalidade o cônjuge que a contraiu, surgindo um crédito face ao outro. Aliás, a lei não impede isso. Com efeito, o art. 1695.º, n.º 2, apenas refere que “a responsabilidade dos cônjuges não é solidária”. Significa isto que se não há solidariedade pode haver conjunção, mas não parece afastar-se a responsabilidade integral do cônjuge que celebra o negócio. De facto, quem contrai as dívidas é o cônjuge (aliás, em qualquer regime de bens), assumindo uma responsabilidade pessoal. O obrigado é sempre o cônjuge que contrai a dívida e, por isso, a competente acção processual será, em princípio, contra ele intentada.

Como acontece em Itália, relativamente ao art. 190.º do Cód. Civil italiano, onde se entende que a responsabilidade do cônjuge que contrai a dívida é integral, enquanto que a do outro é restrita a metade do valor. E o mesmo se diga dos ordenamentos jurídicos francês (onde o património comum responde, em princípio, por todas as dívidas contraídas por um dos cônjuges – art. 1413.º do Cód. Civil francês - e também o património próprio do cônjuge que contraiu a dívida e não os bens próprios do outro cônjuge – art. 1418.º do Cód. Civil francês) e espanhol (art. 1369.º do Cód. Civil espanhol, para o regime de comunhão legal, e art. 1440.º do mesmo código para os regimes de separação e participação nos adquiridos, além do art. 1911.º, como regra geral)⁵⁸². Pelas dívidas definitivamente comuns deste último ordenamento (arts. 1362.º e

⁵⁸² Não constituindo a comunhão uma pessoa moral não pode com rigor dizer-se que haja dívidas da comunhão, ainda que a expressão seja frequentemente utilizada. Ao contrário do que se estipula no nosso ordenamento jurídico em matéria de dívidas entre os cônjuges, no ordenamento jurídico francês toda a dívida comum é ao mesmo tempo uma dívida do cônjuge que a contraiu. Assim, o credor comum tem sempre pelo menos um dos cônjuges como seu devedor, o que lhe permite actuar tanto sobre os bens comuns como sobre o património próprio deste. O resultado é o mesmo que entre nós nos regimes de comunhão (art. 1695.º, n.º 1)

1363.º do Cód. Civil espanhol), cuja responsabilidade patrimonial é regulada no art. 1369.º do Cód. Civil espanhol, responde o património comum e solidariamente o património do cônjuge que contraiu a dívida. Porém, se o património próprio⁵⁸³ do cônjuge respondeu por uma destas dívidas dos arts. 1362.º e 1363.º do Cód. Civil espanhol haverá uma compensação ao património próprio do cônjuge (art. 1364.º do Cód. Civil espanhol - semelhante ao art. 192.º do Cód. Civil italiano e aos arts. 1468.º e 1469.º do Cód. Civil francês). Refere-se o artigo às relações internas dos cônjuges, não sendo uma norma reguladora da responsabilidade face aos credores. O art. 1364.º do Cód. Civil espanhol parece admitir a imediata exigibilidade, quando bens próprios pagaram dívidas comuns, não remetendo, como os outros ordenamentos jurídicos, para o momento da liquidação e partilha da comunhão, ao contrário do que dispõem os arts. 1358.º e 1359.º, 2.º, e, de certa forma, o art. 1373.º, 2.º, do Cód. Civil espanhol⁵⁸⁴.

com a diferença de poder penalizar o cônjuge que não contraiu a dívida que, entre nós, responde solidariamente, beneficiando, assim, o credor.

Também no direito italiano, é evidente que o património comum não é o sujeito que responde mas o objecto com que se responde (Mastropaolo/Pitter, *ob. e loc. cit.*, p. 233). A expressão não é a mais correcta, mas quando falamos em responsabilidade dos bens comuns reportamo-nos ao dever dos cônjuges de responderem com os bens comuns pelo cumprimento das dívidas previstas no art. 186.º do Cód. Civil italiano (L. Brusciuglia, *ob. e loc. cit.*, p. 318, A. Galasso, *ob. cit.*, p. 386, e F. Tassinari, *ob. e loc. cit.*, p. 143).

De igual modo, no direito espanhol há certas dívidas que, nomeadamente, por satisfazerem necessidades da comunhão, são suportadas pelo património comum. Por isso se diz que a dívida é comum porque deve ser suportada pelo património comum. Há, assim, dois eventuais devedores mas três massas patrimoniais que podem ser responsáveis. O que acontece é que toda a dívida contraída por um cônjuge será sempre *própria* deste (art. 1911.º do Cód. Civil espanhol - ao contrário do que aparentemente dispõe o art. 190.º do Cód. Civil italiano que obriga o património do devedor na medida da metade), mas pode ser uma dívida *comum* ou *privada* consoante o património que por ela seja responsável (Nuria Hernández Rueda, *ob. cit.*, p. 24, que, por isso, prefere a denominação dívida privada a própria – pp. 29 e 30). V., Mata Pallares, *loc. cit.*, p. 336, M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, p. 1663, Carlos Lasarte, *ob. cit.*, pp. 231 e 232, Lledó Yagüe, *et alii*, *ob. cit.*, p. 24, L. Díez-Picazo/A. Gullón, *ob. cit.*, p. 175, e Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida, *et alii*, *Elementos de Derecho Civil. Familia, cit.*, pp. 199 e 200.

O mesmo se diga em relação ao direito alemão, ou seja, não sendo a comunhão sujeito de direitos, responsável pela dívida é o cônjuge que a contraiu ou os cônjuges. O património comum é o objecto dessa responsabilidade, ou seja, é com os bens comuns que certas dívidas devem ser pagas. V., Dölle, *ob. cit.*, pp. 927 e 956 e 957, MünchKomm - *Kanzleiter*, § 1437 Rdn. 2, p. 642, e § 1459, Rdn. 2, p. 682, e Rauscher, *Familienrecht*, Heidelberg, C.F. Müller, 2001, p. 287.

⁵⁸³ Por bens ou valores próprios deve entender-se todos os bens que comportem tal natureza de próprios, em oposição à natureza de bens comuns referidos no art. 1347.º do Cód. Civil espanhol. Tal implicará que os frutos ou rendimentos dos bens próprios, a que se refere o § 2.º do art. 1347.º, nunca podem fundamentar o direito de reembolso quando se utilizem para fazer face a dívidas da comunhão, já que tais frutos ou rendimentos, ainda que provenientes de bens próprios, são comuns. O mesmo se diga se a dívida for paga com os proventos obtidos pelo cônjuge com o seu trabalho ou indústria. V., M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, p. 1680.

⁵⁸⁴ Repare-se que o valor destas compensações (*reintegros*) devidas ao cônjuge empobrecido e credor integrará o passivo da comunhão, pelo seu valor actualizado (cfr. o art. 1398.º, 3.º, do Cód. Civil espanhol). Com efeito, e reportando-nos ao art. 1364.º do Cód. Civil espanhol, que aborda o problema das compensações ao património próprio pelo pagamento de dívidas comuns, o cônjuge será reembolsado pelo valor utilizado para fazer face às dívidas comuns. Esta referência ao valor deve entender-se, como nos outros preceitos, como o valor actualizado, de forma a fazer face aos problemas da depreciação monetária.

M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 1681-1683, aborda o problema da falta de referência legal ao facto de não existirem bens comuns para pagamento das dívidas “*a cargo da sociedad de gananciales*”, tendo a dívida de ser paga com bens próprios de

Quanto às dívidas contraídas por um só dos cônjuges, dispõe o art. 1369.º do Cód. Civil espanhol que as dívidas de um dos cônjuges que sejam também dívidas da comunhão responsabilizam também os bens desta solidariamente. E essas dívidas de um dos cônjuges e que também responsabilizam os bens comuns estão previstas nos arts. 1365.º a 1368.º do Cód. Civil espanhol⁵⁸⁵.

Nas hipóteses do art. 1365.º do Cód. Civil espanhol há uma responsabilidade solidária do património comum e do património próprio do cônjuge que contraiu a dívida. Ambos respondem directamente perante o credor (que pode penhorar também os bens comuns, ainda que, dada a falta de personalidade jurídica da comunhão, a acção deva ser intentada contra o cônjuge devedor)⁵⁸⁶: o património próprio do cônjuge

um só dos cônjuges. O Projecto de 4 de Outubro de 1978 previa no art. 1365.º do Cód. Civil espanhol o direito de reembolso do cônjuge que pagou com bens próprios a dívida. O outro cônjuge deveria reembolsar pela metade do que pagou pela dívida. Desapareceu tal referência, porém, no Projecto de 1979. Na falta de indicação deve aplicar-se o critério do art. 1438.º do Cód. Civil espanhol, ou seja, uma participação de cada cônjuge na dívida proporcionalmente aos seus recursos económicos. Porém, a regra fixada anteriormente, da participação na metade do que foi pago, seria muito mais conforme com o espírito da comunhão de adquiridos. De facto, pode acontecer que a falta de bens comuns seja devida à inactividade do cônjuge que deveria trabalhar e não o faz, sendo os bens comuns apenas constituídos pelos bens do outro cônjuge. Se se atender ao critério da proporcionalidade dos recursos seria uma injustiça para o cônjuge que constituiu a massa comum. Defendendo a contribuição por metade e não proporcionalmente, v., M.ª Amalia Blandino Garrido, *ob. cit.*, p. 70. Não podemos, pensamos nós, esquecer que a dívida é comum e, assim, se os bens próprios de um pagaram a dívida deve haver compensação do património comum e se este não existir reduz-se a meação do outro na mesma proporção – é esta a nossa solução (mas essa proporção afere-se atendendo à contribuição dos cônjuges para os encargos da vida familiar – arts. 1675.º e 1676.º - incluindo o trabalho no lar, o que não significa que seja exactamente metade).

⁵⁸⁵ Contra, J. Fernández Villa, *loc. cit.*, pp. 651 e segs., e M.ª Teresa Martín Meléndez, *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, p. 342 e pp. 344-347, para quem a expressão do art. 1369.º do Cód. Civil espanhol (*deudas de la sociedad*) equivale apenas às dívidas que são um encargo definitivo da comunhão. Para J. Fernández Villa, *loc. cit.*, p. 654, pelas dívidas do art. 1365.º do Cód. Civil espanhol apenas responde o património comum e não o património próprio do cônjuge (que apenas responderia subsidiariamente) como acontece no art. 1369.º do Cód. Civil espanhol. M.ª Teresa Martín Meléndez, *ob. cit.*, p. 346, nota 57, afasta-se neste ponto do referido autor, considerando que o art. 1365.º do Cód. Civil espanhol, tal como o art. 1369.º, fixa a responsabilidade solidária dos bens comuns e dos próprios do cônjuge devedor, dado que ao estipular a responsabilidade directa dos bens comuns, não exclui a responsabilidade directa dos bens próprios. Ou seja, a responsabilidade directa traduz-se na possibilidade de executar os bens comuns sem previamente executar os próprios do devedor, o que não impede o credor de começar a executar os bens próprios. V. também, A. Ocaña Rodríguez, *ob. cit.*, pp. 28-31.

⁵⁸⁶ Para Lledó Yagüe, *et alii*, *ob. cit.*, p. 245, e Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida, *et alii*, *Elementos de Derecho Civil. Familia*, *cit.*, p. 207, o credor deverá também demandar o cônjuge não devedor, para a determinação, face a este, da natureza da dívida e, em consequência, da responsabilidade dos bens comuns. Se não se demandar também o cônjuge não devedor, a legitimidade processual não está em causa, mas a responsabilidade patrimonial limita-se aos bens próprios do cônjuge devedor e, ainda que discutível, no máximo aos valores, dinheiro e créditos comuns em poder do devedor. A necessidade da acção contra ambos os cônjuges resultava do disposto no antigo art. 144.º, 1.º, do *Reglamento Hipotecario*, de 12 de Novembro de 1982, bem como nos anteriores *Reglamentos Hipotecario* (de 1947 e 1959), que exigia a acção conjunta contra os cônjuges para se poder penhorar bens comuns por dívidas contraídas por um dos cônjuges, ainda que, se a dívida fosse própria, bastaria a notificação ao outro cônjuge. Porém, quer a Direcção Geral dos Registos e Notariado quer o Tribunal Supremo atenuaram tal exigência, até à alteração legal do *Reglamento Hipotecario* neste sentido, na Reforma de 1998, ao determinarem ser suficiente, no caso de dívidas comuns contraídas por um dos cônjuges, a notificação ao cônjuge não devedor, como faremos referência adiante.

porque é este o devedor; o património comum porque se trata de dívida relativa aos encargos normais da comunhão. Acresce ainda que, tratando-se de dívida que tenha a sua origem no exercício do poder doméstico, há uma responsabilidade subsidiária do património próprio do outro cônjuge (art. 1319.º do Cód. Civil espanhol).

No nosso direito, mesmo nos regimes de comunhão, onde a solidariedade mais se poderá justificar como já referimos, poderia também vigorar o regime da conjunção. Ou seja, com a diferença de, em primeiro lugar, responder pelas dívidas comuns o património comum, poderia estipular-se o mesmo que no regime de separação de bens: na falta ou insuficiência do património comum responderiam subsidiariamente os bens dos cônjuges em regime de conjunção, sem prejuízo da responsabilidade integral do cônjuge que contraiu a dívida, como também defendemos para a separação de bens. Além disso, a comunhão não tem personalidade jurídica. Logo, quem assume as dívidas é o ou os cônjuges. Por isso, não faz sentido afastar também aqui a responsabilidade geral de quem contrai as dívidas com o regime de conjunção. Isto é, o regime actual da solidariedade acautela este problema, mas, se como defendemos, deve adoptar-se a conjunção como na separação, não podemos abdicar da responsabilidade total do cônjuge devedor ainda que possa ser subsidiariamente (diferente do art. 1369.º do Cód. Civil espanhol, que responsabiliza solidária e directamente o património comum e o próprio do cônjuge que contraiu a dívida). E isto dada a crescente autonomia patrimonial e independência económica dos cônjuges, mesmo nos regimes de comunhão, que justificaria que nenhum deles viesse a responder integralmente por dívidas que, embora comuns, foram contraídas por um e, até, sem o acordo do outro (pense-se, p. ex., nas dívidas da al. d) do n.º 1 do art. 1691.º).

Porém, não podemos esquecer que nos regimes de comunhão existe o património comum, cuja natureza impede a individualização daquilo que é de um cônjuge ou do outro. Só no momento da liquidação e partilha do regime matrimonial se poderá apurar, além dos bens próprios de cada um, a meação de cada cônjuge nos bens comuns. O que justificaria a solidariedade: o credor pode exigir o pagamento da dívida a qualquer um dos cônjuges, na totalidade, e no momento da liquidação e partilha proceder-se-ão às devidas compensações e/ou créditos entre cônjuges. Parece-nos, contudo, que esta objecção é uma falsa questão. Com efeito, é o património comum que responde, em primeiro lugar, nos regimes de comunhão, pelas dívidas comuns. Só na falta ou insuficiência deste respondem os bens próprios dos cônjuges. Isto é, se não há património comum o argumento da solidariedade assente na natureza do património

comum e na interpenetração dos patrimónios dos cônjuges não tem razão de ser. Só respondem os bens próprios se não houver bens comuns e essa responsabilidade deveria ser, tal como no regime de separação e nas obrigações em geral, em regime de conjunção, sem prejuízo da responsabilidade total do património do cônjuge que contraiu a dívida (tanto mais que a comunhão não tem personalidade jurídica: quem contrai a dívida, o devedor é o cônjuge ainda que possa responsabilizar-se o património comum), sem o consentimento do outro (que não é necessário) mas que a este também responsabiliza. A isto não obsta a possibilidade de os cônjuges se obrigarem solidariamente por uma dívida ou fixarem a solidariedade por convenção antenupcial.

Uma outra objecção pode colocar-se a esta proposta: o objectivo da solidariedade entre os cônjuges visa proteger o credor contra dissipações patrimoniais dos cônjuges, mais facilmente possíveis nos regimes de comunhão onde há uma maior promiscuidade patrimonial (nomeadamente, por os próprios rendimentos do trabalho dos cônjuges serem comuns – art. 1724.º, al. a), e muito facilmente pode acontecer que o cônjuge que contraiu a dívida não tenha qualquer outro bem que garanta o pagamento ao credor). A responsabilização solidária dos cônjuges para protecção dos credores justificar-se-ia pelo facto de o cônjuge que não a contraiu beneficiar, em princípio, das vantagens subjacentes à dívida contraída.

Mas justificar-se-á tal regime de protecção ao credor?⁵⁸⁷ Não haverá o mesmo risco de dissipação de bens no regime de separação, onde ambos os cônjuges também beneficiam da dívida contraída por um, ou até nas relações jurídicas em geral? Duvidamos que este argumento, por si, justifique a solidariedade. É evidente que é esta ideia de protecção do credor que justifica a solidariedade de devedores para efeitos da responsabilidade civil (art. 497.º) ou no domínio das sociedades civis (art. 997.º), mas entre os cônjuges não se trata de danos causados a terceiros, que justifiquem uma protecção da vítima, nem do exercício em comum de uma actividade económica com fim lucrativo, que justifique uma protecção do credor contra dissipação dos bens pelos sócios que têm como objectivo a repartição do lucro entre si. Tanto mais que este risco também existe no regime de separação de bens e aqui o regime é o da conjunção. Aliás,

⁵⁸⁷ De facto, além dos meios gerais de tutela consagrados no ordenamento jurídico, os credores podem (e devem) analisar a situação financeira do futuro devedor e exigirem uma garantia acrescida, mediante a participação do outro cônjuge. A responsabilidade do outro cônjuge facultaria uma tutela desproporcionada ou excessiva.

a tutela dos credores impor-se-ia mais no regime de separação onde não há um património comum que, em primeira linha, responde pela dívida comum⁵⁸⁸.

Também no ordenamento jurídico alemão o risco da solidariedade é colocado. Repare-se que, no caso da administração conjunta dos bens comuns, situação mais frequente, é notório o risco do regime de comunhão para o cônjuge que se depara com uma situação económica pouco vantajosa do outro cônjuge ou o seu excessivo endividamento. Com efeito, qualquer um dos cônjuges é responsável solidariamente pelas dívidas comuns contraídas pelo outro (como acontece no nosso art. 1695.º, n.º 1), antes ou depois do início da comunhão, podendo ter de responder, não havendo bens comuns ou próprios do outro, pela totalidade da dívida. A única forma de evitar tal situação, mas desde que os seus pressupostos se verifiquem, é requerer a separação de bens (cfr. o § 1469.º do BGB)⁵⁸⁹. De facto, o regime da comunhão geral é normalmente criticado pelo seu regime de responsabilidade por dívidas, considerando-se mesmo actualmente um regime “insuportável”⁵⁹⁰.

Com aquela solução, que nos parece mais justa no contexto actual das relações patrimoniais entre os cônjuges, os credores não ficam prejudicados. No regime de separação sempre podem executar a totalidade do património do cônjuge que contraiu a dívida⁵⁹¹; nos regimes de comunhão, podem executar o património comum e, na falta ou insuficiência deste, os bens próprios de cada um dos cônjuges ou do cônjuge que contraiu a dívida comum sem que o outro também se obrigasse directamente⁵⁹².

⁵⁸⁸ No direito alemão, a protecção dos credores está nitidamente patente no § 1378.º, 2.º, do BGB, que, no regime supletivo da *Zugewinnsgemeinschaft*, de base separatista, impõe o pagamento das dívidas aos credores antes do pagamento do crédito compensatório ao cônjuge (como refere J. Bärmann, “Das neue Ehegüterrecht”, *Archiv für die Civilistische Praxis*, n.º 157, 1958/1959, p. 178, o fim da norma do § 1378.º, 2.º, do BGB, é a protecção ao credor). Ainda que isso não impeça dissipações de património face aos credores (porque face ao cônjuge credor da compensação os §§ 1375.º, 2.º, 1386.º e 1390.º do BGB, salvagam a sua posição como veremos) é uma forma de tutelar a sua posição, sem implicar um prejuízo para o cônjuge não contraente da dívida.

⁵⁸⁹ V., Staudinger, *ob. cit.*, §§ 1363.º-1563.º, § 1459 Rdn. 17, p. 660. Também Dieter Giesen, *ob. cit.*, p. 180, a propósito das dívidas anteriores ao início da vigência do regime de comunhão, refere que este regime acarreta um perigo especial para os cônjuges quando não se sabe a real situação económica do outro cônjuge.

⁵⁹⁰ Langenfeld, *Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen*, 4.ª ed., München, C. H. Beck, 2000, p. 168 („Für das moderne Empfinden unerträglich ist die Haftungsgemeinschaft der Ehegatten (...”).

⁵⁹¹ É evidente que pode sempre acontecer que também esse cônjuge não tenha bens, mas isso é um risco que o credor correrá em todo o caso.

Além disso, ficariam desta forma resolvidos os problemas analisados a propósito da al. a) do n.º 1 do art. 1691.º: o eventual consentimento do cônjuge não afectará o credor que poderá sempre executar o património do seu devedor na totalidade e não apenas conjuntamente.

⁵⁹² Não vamos, porém, tão longe quanto prevê o Cód. Civil francês, ao excluir a possibilidade de, por dívida comum contraída por um dos cônjuges (e que responsabiliza os bens comuns e os próprios deste), responder pela mesma os bens próprios do outro cônjuge, bem como os seus ganhos e salários (arts. 1414.º e 1418.º do Cód. Civil francês). De facto, consideramos que, apesar de

Portanto, perante o credor responde o património comum e, subsidiariamente, o património próprio do cônjuge que contraiu a dívida, na sua totalidade. Na falta destes, responderá o património próprio do outro cônjuge na medida da metade. Tudo isto sem prescindir as eventuais compensações no momento da liquidação e partilha da comunhão. De facto, sendo a dívida comum, se o cônjuge que contraiu a dívida responder integralmente por ela terá direito a uma compensação do património comum. Além disso, entre os cônjuges a divisão da responsabilidade pelas dívidas comuns será conjunta (salvo se se obrigaram solidariamente). Ou seja, a responsabilidade integral do património do cônjuge que contrai a dívida visa apenas a protecção do credor e não beneficiar o cônjuge que não contraiu a dívida mas que dela beneficia.

O regime da responsabilidade patrimonial por dívidas dos cônjuges é especial, na medida em que, atendendo à existência de um casamento e à interpenetração patrimonial decorrente da vida em comum, o legislador visa encontrar um equilíbrio entre a protecção da família e os interesses de terceiros credores. Todavia, o casamento não pode ser um meio de eximir o devedor de responder pelas dívidas que contrai. Por isso, o cônjuge que contrai a mesma deve responder por ela sempre e nos termos gerais. A esta responsabilidade, se a dívida for comum, acrescenta a lei a do património comum, se se tratar de regime de comunhão, e a do património próprio do outro cônjuge⁵⁹³.

Caminhando neste sentido, alguns autores italianos entendem que a regra do art. 190.º do Cód. Civil italiano deve ser sistematicamente coordenada com o princípio geral em matéria de autonomia negocial e responsabilidade pessoal e patrimonial. Com efeito, pelas dívidas previstas no art. 186.º do Cód. Civil italiano (dívidas comuns) respondem os bens comuns. Se os bens comuns não forem suficientes para o pagamento integral da dívida, respondem, a título subsidiário (nos mesmos termos que a meação nos bens comuns responde pelas dívidas próprias, ou seja, *beneficium excussionis* – art. 189.º, 2.º, do Cód. Civil italiano), os bens próprios de cada um dos cônjuges⁵⁹⁴, na medida da

tudo, sendo a dívida comum, em qualquer regime de bens, significa que a mesma beneficiou o casal e também o cônjuge que não contraiu a dívida (e daí a sua responsabilidade ainda que subsidiária e, entendemos, limitada a metade). Não nos repugna, porém, admitir que a evolução sócio-familiar conduza a um afastamento da responsabilidade pessoal do cônjuge não devedor, com excepção das dívidas relativas aos encargos normais da vida familiar.

⁵⁹³ Esta ideia está presente nos ordenamentos jurídicos estrangeiros. V., p. ex., no ordenamento jurídico espanhol, Ragel Sánchez, *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 153, Rams Albesa, *La sociedad de gananciales*, Madrid, Tecnos, 1992, p. 335, e Yolanda Bustos Moreno, *ob. cit.*, pp. 21 e 22.

⁵⁹⁴ Ou seja, os bens previstos no art. 179.º do Cód. Civil italiano. Alguns autores entendem que devem incluir-se nestes bens próprios os bens que integram a comunhão *di residuo*, isto é, os bens previstos no art. 177.º, als. c) e d), do Cód. Civil italiano. E o

metade do crédito (cfr. o art. 190.º do Cód. Civil italiano), ou seja, e ao contrário do disposto no art. 1695.º, n.º 2, do nosso Cód. Civil, a responsabilidade dos bens próprios dos cônjuges no regime da comunhão legal é meramente conjunta e não solidária⁵⁹⁵. Mas a dívida da comunhão é também uma dívida do cônjuge que a contraiu pessoalmente, tal como no ordenamento jurídico francês. Por isso, o cônjuge pessoalmente responsável pela dívida (que a contraiu) responde pela dívida comum (na falta de bens comuns) com todo o seu património (art. 2740.º do Cód. Civil italiano). Poderá, contudo, invocar o benefício da excussão prévia, fazendo com que o credor só actue sobre os seus bens próprios depois de esgotados os bens comuns. De facto, a responsabilidade dos bens comuns não afecta o princípio geral do art. 2740.º do Cód. Civil italiano, constituindo antes um acréscimo na garantia patrimonial que já detém sobre o seu devedor, na medida em que poderá, além dos bens deste, executar os bens comuns e ainda, subsidiariamente, os bens próprios do seu cônjuge na medida da metade do crédito. Assim, por dívidas comuns, o cônjuge responde com os seus bens próprios “na medida da metade”, tratando-se de dívida que não contraiu pessoalmente (e não havendo solidariedade convencional entre os cônjuges). Se, pelo contrário, se trata de dívida contraída pessoalmente por esse cônjuge, ou contraída solidariamente por ambos os cônjuges, o cônjuge executado não pode restringir a sua responsabilidade. Tal possibilidade violaria o princípio fundamental da autonomia negocial e da responsabilidade patrimonial que determina que cada um responde com todo o seu património pelas obrigações contraídas. Além disso, afectaria o tráfego jurídico já que o credor não poderia atacar o património que “contraiu” a dívida (igual entendimento devemos perfilhar para o nosso art. 1695.º no caso do regime de separação, como já referimos). O que o art. 190.º do Cód. Civil italiano vem fazer não é uma limitação à responsabilidade patrimonial do cônjuge (contraente e que responde na totalidade com

mesmo se diga quanto à responsabilidade dos bens próprios para efeitos do art. 189.º do Cód. Civil italiano. Neste sentido, G. Oppo, “Responsabilità patrimoniale...”, *loc. cit.*, p. 106, A. Finocchiaro/M. Finocchiaro, *Diritto di famiglia...*, *cit.*, p. 1115, L. Barbiera, *ob. e loc. cit.*, p. 568 (considera os bens da comunhão *de residuo* como bens pessoais, para efeitos de responsabilidade), e T. Auletta, *ob. cit.*, p. 183, nota 125. Contra, A. Galasso, *ob. cit.*, p. 444.

⁵⁹⁵ L. Brusuglia, *ob. e loc. cit.*, p. 365, questiona o porquê do legislador não ter estipulado a solidariedade entre os cônjuges pelas dívidas comuns. A justificação encontra-a na própria racionalidade interna do regime de comunhão que levou o legislador a não equiparar, do ponto de vista da responsabilidade patrimonial dos cônjuges, a obrigação contraída no interesse da família (pela qual a responsabilidade do cônjuge é limitada a metade do valor da dívida – art. 190.º do Cód. Civil italiano) e a obrigação relativa ao dever de contribuição (pela qual o art. 143.º do Cód. Civil italiano fixa a responsabilidade solidária dos cônjuges). Repare-se que, para os autores que defendem a solidariedade pelas dívidas contraídas no interesse da família (al. c) e assumidas conjuntamente pelos cônjuges (al. d)), o art. 190.º do Cód. Civil italiano só terá aplicação no caso das dívidas a que se referem as als. a) e b) do art. 186.º do Cód. Civil italiano.

os seus bens próprios), mas acresce a essa responsabilidade total e ilimitada do cônjuge contraente, a responsabilidade parcial (na medida da metade do crédito) do outro cônjuge⁵⁹⁶. Aliás, a não ser assim, o cônjuge que contraiu a dívida teria uma posição mais favorável no regime legal de comunhão do que no regime de separação de bens onde todo o seu património responde pelas obrigações assumidas⁵⁹⁷.

Entendimento contrário pode resultar da própria lei ao referir que a responsabilidade é limitada aos bens próprios de *ciascuno dei coniugi* (qualquer um dos cônjuges). Porém, a referência a qualquer um dos cônjuges traduz a ideia geral de responsabilidade subsidiária dos cônjuges pelas dívidas comuns (se uma dívida é comum, os bens próprios de cada cônjuge só respondem por ela a título subsidiário). Não se deverá limitar a responsabilidade pessoal do cônjuge quando este é obrigado ilimitadamente de acordo com o Direito das Obrigações.

Também no direito alemão, as dívidas de cada um dos cônjuges são sempre dívidas pessoais desse cônjuge, independentemente de serem contraídas antes ou depois do casamento. Pelas dívidas pessoais respondem os bens próprios e os bens reservados do devedor.

⁵⁹⁶ O cônjuge que contraiu a dívida apenas responde “na medida da metade” em relação aos bens de resíduo, na falta de outros bens comuns e de bens do outro cônjuge. V., Mastropaolo/Pitter, *ob. e loc. cit.*, p. 282, e F. Parente, *loc. cit.*, p. 1869. Se assim não fosse, o acréscimo de responsabilidade conferido pelo art. 190.º do Cód. Civil italiano (responsabilizando os bens comuns e não apenas o património do cônjuge devedor) provocaria o efeito inverso, ou seja, se um dos cônjuges contrair uma dívida sem consentimento do outro e sem ser no interesse da família, tal dívida responsabiliza a totalidade do seu património; mas se a dívida for contraída por um com consentimento do outro, a dívida será comum e responde por ela os bens comuns e, a aplicar literalmente o art. 190.º do Cód. Civil italiano, os bens próprios dos cônjuges na medida da metade. Ora, pode acontecer que só o cônjuge devedor tenha bens: o credor que deveria ficar mais protegido pela responsabilização da comunhão (tanto mais que há consentimento de ambos os cônjuges) ficaria prejudicado dado que, na falta de bens comuns, poderá só obter metade do seu crédito. V., A. Finocchiaro/M. Finocchiaro, *Diritto di famiglia...*, cit., p. 1118.

⁵⁹⁷ V., A. Finocchiaro/M. Finocchiaro, *Riforma del diritto di famiglia...*, cit., p. 568, e *Diritto di famiglia...*, cit., pp. 1115-1118, Cian/Villani, *loc. cit.*, p. 371, F. Mastropaolo/P. Pitter, *ob. e loc. cit.*, pp. 241 e segs. e pp. 280-282, F. Prosperi, *Sulla natura della comunione legale*, Camerino, Scuola di perfezionamento in diritto civile dell’Università di Camerino, Edizioni Scientifiche Italiane, 1983, p. 67, C. M. Bianca, *ob. cit.*, pp. 93 e 94, G. Bernardi, “La responsabilità sussidiaria dei beni personale”, in AAVV, *La comunione legale*, cit., sob a direcção de C. M. Bianca, pp. 787-789, Gabriella Autorino Stanzione, *Diritto di Famiglia*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1997, p. 377, Patrizia di Martino, *ob. e loc. cit.*, p. 230, Salvatore Patti, *Diritto privato, Introduzione - La famiglia - Le successioni*, Milano, Giuffrè Editore, 1999, p. 100, L. Bruscutta, *ob. e loc. cit.*, pp. 328-330 e pp. 364-366, Ugo Minneci, *ob. e loc. cit.*, p. 368, Bruno de Filippis, *ob. cit.*, p. 283, A. Galasso, *ob. cit.*, pp. 446 e 447, e F. Tassinari, *ob. e loc. cit.*, pp. 146-148. No mesmo sentido, v., a sentença do tribunal de Nápoles, de 6 de Abril de 1990, citada por T. Auletta, “Il regime patrimoniale della famiglia e la comunione legale”, in AAVV, *Casi e questioni di diritto privato. Matrimonio e famiglia*, sob a direcção de Mario Bessone, vol. III, 8.ª ed., Milano, Giuffrè Editore, 1997, p. 305.

Em sentido contrário, v., G. Oppo, “Responsabilità patrimoniale...”, *loc. cit.*, p. 117, e *Persona e famiglia*, cit., p. 162, Pasquale Stanzione, “Obbligazione contratta dal coniugi...”, *ob. e loc. cit.*, pp. 291 e 292, e “Comunione legale tra coniugi...”, *loc. cit.*, pp. 1105 e 1106, De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia...*, cit., pp. 605 e 606 e pp. 618 e 619, e *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato...*, cit., pp. 690 e 691, e pp. 702 e 703, L. Barbiera, *ob. e loc. cit.*, p. 570, e Francesco Galgano, *ob. cit.*, p. 116 e nota 42.

Repare-se que a não ser assim, a protecção do credor era mais acentuada no caso de dívida própria de um dos cônjuges (pela qual responde o património do devedor na sua totalidade – art. 1691.º, n.º 1), quando o regime da responsabilidade patrimonial específico das dívidas comuns visa, aparentemente, uma maior protecção do credor.

A este nosso entendimento, abrimos, porém, uma excepção para as dívidas contraídas para a satisfação dos encargos normais da vida familiar (as despesas correntes). Para estas deveria manter-se o regime da solidariedade entre cônjuges nos regimes de comunhão e estipulá-lo até para o regime de separação. Trata-se daquelas dívidas necessárias ao dia-a-dia da vida familiar do casal e dos seus filhos e que, não parece haver dúvidas, a ambos os cônjuges devem responsabilizar solidariamente sem diferenciação de regime. O que, aliás, acontece nos ordenamentos jurídicos estrangeiros aqui analisados. Com efeito, e como vimos, as dívidas contraídas para ocorrer às necessidades da vida familiar integram a parte geral dos efeitos patrimoniais do casamento aplicável a qualquer regime de bens.

Determinando o art. 220.º do Cód. Civil francês a solidariedade, e qualquer que seja o regime de bens, o credor poderá exigir o pagamento da dívida a ambos os cônjuges e qualquer deles pode ser responsabilizado pela totalidade da dívida (sem prejuízo do devido reembolso do outro cônjuge). O cônjuge que é constantemente responsabilizado pelas dívidas contraídas pelo outro não pode pôr fim, verificados os seus pressupostos, à solidariedade legal do art. 220.º do Cód. Civil francês, a menos que venha requerer judicialmente a interdição do outro para contrair dívidas, com fundamento no art. 220.º-1 do Cód. Civil francês.

No ordenamento jurídico francês, a responsabilidade patrimonial pelas diferentes dívidas contraídas é regulada consoante o regime de bens. Ou seja, no regime de separação de bens respondem os bens próprios do cônjuge que contraiu a dívida; nos regimes de comunhão, respondem os bens próprios do cônjuge devedor e, ainda que a título provisório, os bens comuns (com excepção dos ganhos e salários do outro cônjuge – art. 1414.º do Cód. Civil francês).

Dívidas comuns por excelência, as dívidas *ménagères* e de alimentos (art. 1409.º do Cód. Civil francês) obrigam os bens comuns, sejam contraídas por ambos os cônjuges ou por apenas um deles. Assim, pelas dívidas previstas nos arts. 220.º e 1409.º do Cód. Civil francês, respondem os bens comuns e solidariamente os bens de qualquer um dos

cônjuges⁵⁹⁸. Não assim no caso das dívidas *ménagères* excluídas do regime de solidariedade nos §§ 2.º e 3.º do art. 220.º do Cód. Civil francês. Por estas, porém, e nos termos do art. 1413.º do Cód. Civil francês, que dispõe que as dívidas contraídas por um dos cônjuges, no decurso da comunhão, responsabilizam esta perante os credores (salvo havendo má fé do cônjuge e cumplicidade do terceiro), podem também responder bens comuns, sem prejuízo das devidas compensações, e não apenas os bens próprios do cônjuge que a contraiu.

Por seu lado, e quanto à responsabilidade dos bens próprios do cônjuge que não contraiu a dívida, no caso de obrigação de alimentos devida por um dos cônjuges, não responsabiliza os bens próprios do outro nem os seus ganhos e salários, nos termos dos arts. 1414.º e 1418.º do Cód. Civil francês. Exceptuando os casos em que há solidariedade, a dívida contraída por um dos cônjuges, e apesar de se poder considerar comum, a título definitivo ou mediante compensação, não onera os bens próprios do outro cônjuge nem os ganhos e salários deste (cfr. os arts. 1414.º e 1418.º do Cód. Civil francês)⁵⁹⁹. A garantia dos credores é, todavia, maior se se trata de dívidas *ménagères*: a responsabilidade pela dívida é solidária (art. 220.º do Cód. Civil francês) e todos os bens dos cônjuges respondem face aos credores, salvo se se tratar de uma das excepções previstas nos §§ 2.º e 3.º do mesmo artigo. Pelas dívidas *ménagères*, ao contrário da obrigação de alimentos ou quaisquer outras dívidas, respondem também os ganhos e salários do cônjuge que não contraiu a dívida (art. 1414.º do Cód. Civil francês).

As dívidas reguladas no nosso art. 1695.º responsabilizam definitivamente o património comum. Também no ordenamento jurídico francês se determinam as dívidas pelas quais os bens comuns respondem a título definitivo, referidas no art. 1409.º do Cód. Civil francês.

⁵⁹⁸ Sobre os problemas colocados, anteriormente à Reforma de 1985, sobre se o credor poderia apenas actuar sobre os bens comuns de que o cônjuge devedor tinha o poder (bens comuns ordinários, no caso do marido, ou bens comuns reservados, no caso da mulher) ou sobre todos os bens comuns sem distinção, v., A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., pp. 375 e 376.

⁵⁹⁹ Tal princípio resulta das regras relativas à administração e disposição de tais bens, ou seja, o seu titular, administra-os e dispõe deles livremente, mesmo os ganhos e salários, apesar de tais bens serem comuns. Não faria sentido que o outro cônjuge, sem poderes de administração e disposição, pudesse onerar os mesmos por dívidas (apesar de ser isso que acontece à luz do nosso ordenamento jurídico!). Aliás, o regime da responsabilidade por dívidas encontra o seu fundamento no regime de administração e disposição dos diferentes tipos de bens, havendo ainda um paralelismo entre activo e passivo (Flour/Champenois, *ob. cit.*, p. 361 e pp. 365 e segs.).

De referir que, entre nós, nos regimes de comunhão, em virtude do disposto no art. 1695.º, n.º 1, o outro cônjuge, com os seus bens próprios, está necessariamente obrigado pela dívida contraída pelo seu cônjuge, dado o sistema de solidariedade previsto para todas as dívidas comuns (e não apenas para as *ménagères*).

As outras dívidas que não as referidas no art. 1409.º, 1.º, do Cód. Civil francês, nascidas durante a comunhão, serão igualmente suportadas pelo património comum, sem prejuízo, se for o caso, da devida compensação. Os artigos seguintes regulam os casos em que a dívida, ainda que paga pela comunhão, pode dar origem a uma compensação no final do regime. De destacar os arts. 1413.º, 1416.º e 1417.º do Cód. Civil francês, que indicam os casos em que há lugar a compensação, o que significa que as outras dívidas são suportadas definitivamente pela comunhão⁶⁰⁰.

Quanto à contribuição para a dívida, as dívidas previstas no art. 1409.º, 1.º, do Cód. Civil francês, responsabilizam a título definitivo a comunhão, pelo que não haverá lugar a qualquer compensação se os bens comuns responderem por elas (art. 1416.º do Cód. Civil francês). Por sua vez, já que, no direito francês, todas as dívidas da comunhão são também próprias do cônjuge que contraiu a dívida, nada impede que o credor apenas se dirija contra o património próprio do seu devedor. Sendo a dívida definitivamente da comunhão, verifica-se um enriquecimento desta à custa do património próprio do cônjuge e, assim, deverá compensar aquele⁶⁰¹. Por seu lado, as compensações devidas pela comunhão a um dos cônjuges pelo pagamento de dívidas não têm fundamento em disposição expressa na lei, decorrendo do princípio geral enunciado no art. 1433.º do Cód. Civil francês⁶⁰².

Um problema pode colocar-se quanto às dívidas previstas no art. 220.º do Cód. Civil francês em relação às quais a solidariedade é afastada. Do ponto de vista da contribuição, relevante não será tanto o carácter excessivo da despesa ou a ausência de consentimento do outro cônjuge (para as dívidas resultantes de compras a prestações ou

⁶⁰⁰ Neste sentido, v., Aubry/Rau, *ob. cit.*, p. 340, nota 128, ao referirem que, mesmo que não se demonstre que a dívida visou directamente o sustento do lar ou a educação dos filhos, pode sempre ter sido contraída no interesse do lar e será excessivo presumir um interesse pessoal dos cônjuges.

⁶⁰¹ A existência de uma compensação pelo pagamento de dívidas foi, no início, mais dificilmente admitida do que no caso de aquisição, conservação ou melhoramento de bens, dado que as dívidas contraídas pelo marido, administrador dos bens comuns e dos próprios da mulher, caíam na comunhão (Denecker, *La théorie générale des récompenses et son application aux libéralités faites par les époux communs en biens*, Lille, Duriez-Bataille, 1943, pp. 31 e segs.).

A título de curiosidade, na decisão da Civ. 1.^{re}, de 31 de Março de 1992 (*J.C.P.* 1993.II.22003, note Pillebout), estabeleceu-se uma compensação a cargo da comunhão no caso de o cônjuge pagar com dinheiro próprio os juros de um empréstimo subscrito para a aquisição de um bem próprio desse cônjuge. No entendimento de G. Cornu, *ob. cit.*, p. 477, tal solução é “pesada”, mas o princípio subjacente é correcto: se, com efeito, o cônjuge a quem pertence o bem próprio tem o poder de gozo, é a comunhão que tem o proveito desse gozo.

⁶⁰² O problema das compensações será abordado em ulterior capítulo.

de empréstimos), mas um eventual proveito obtido pela comunhão, pelo que a dívida poderá ser a título definitivo da mesma (art. 1416.º do Cód. Civil francês)⁶⁰³.

Além destas dívidas, perfeitamente comuns, o direito francês prevê ainda as dívidas imperfeitamente comuns.

Trata-se das dívidas que a comunhão suporta a título provisório, isto é, os bens comuns podem responder por elas mas mediante uma compensação. É o que resulta do art. 1409.º, 2.º, e do princípio do art. 1413.º do Cód. Civil francês: o pagamento das dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges (fora dos casos previstos nos arts. 1410.º a 1412.º do Cód. Civil francês), durante a vigência da comunhão, pode ser efectuado por recurso aos bens comuns, salvo se houver fraude do cônjuge devedor ou má fé do credor, e mediante compensação à comunhão, quando tal ocorra (ou seja, quando a comunhão não suporte definitivamente tal dívida). Os arts. 1416.º e 1417.º do Cód. Civil francês concretizam tal princípio, determinando os casos em que há lugar a compensações devidas à comunhão pelo pagamento de dívidas, ou seja, as situações em que o património comum apenas responderá por tais dívidas a título provisório, sendo certo que, em todos os outros casos, a dívida que recai sobre a comunhão permanece a seu cargo a título definitivo.

Trata-se, portanto, das dívidas⁶⁰⁴ contraídas por qualquer um dos cônjuges no decurso do casamento e que, dado serem normalmente periódicas, são pagas habitualmente com os rendimentos dos cônjuges (são as dívidas tradicionalmente qualificadas de “*charges usufruitaires*”)⁶⁰⁵. De acordo com o art. 1413.º do Cód. Civil francês, o credor de tais dívidas pode executar o património comum.

⁶⁰³ V., F. Terré/Ph. Simler, *ob. cit.*, p. 298, Annie y/Marie-Hélène Laurens-Lambole, *Travaux dirigés de droit des régimes matrimoniaux*, 3.ª ed., Paris, Litec, 2002, p. 191, e Malaurie/Aynès, *ob. cit.*, p. 238. Rieg/Lotz, *ob. cit.*, p. 245, consideram que tais dívidas não deixam de ser “*ménagères*” e, por isso, integram o passivo definitivo da comunhão. Contra, Henri Mazeaud, *et alii*, *Leçons de Droit Civil. Régimes matrimoniaux*, *cit.*, p. 296, considerando que tais dívidas (excessivas ou relativas a compras a prestações ou empréstimos) são próprias quanto à contribuição.

⁶⁰⁴ Trata-se de uma qualquer dívida: legal ou voluntária, contratual ou extracontratual, “*ménager*” ou não. Assim, o credor não terá que averiguar a natureza da dívida, a sua finalidade ou o seu montante para exigir o pagamento pelos bens comuns, ou seja, os bens adquiridos a título oneroso depois da celebração do casamento (arts. 1401.º e segs. do Cód. Civil francês).

⁶⁰⁵ Correspondiam à contrapartida da comunhão que tinha o usufruto sobre os bens próprios, até à Reforma de 1985. P. ex., imposto predial, prémios de seguro contra incêndio, pagamento da conta de água, electricidade, reparação e despesas de conservação... A *Cour de Cassation*, no acórdão “*Pouyat*” [Civ. 1.ª, de 5 de Novembro de 1985 (*J.C.P. éd. N.*, 1986.II.97, note Simler, e *Defrénois*, 1992, p. 1121, note Champenois)], entendeu que os juros de um empréstimo contraído para a aquisição de um imóvel são “*charges usufruitaires*” (encargos de fruição). Entendeu este acórdão que a comunhão, à qual são atribuídos os frutos e rendimentos dos bens próprios, deve suportar as dívidas que se ligam à utilização desses bens. Sempre que o pagamento suporte não apenas o capital da dívida mas também os juros, haverá lugar a compensação mesmo por estes últimos, se foi o património próprio que, excepcionalmente, os suportou. Se a comunhão integra os rendimentos dos bens próprios (v., p. ex., o art. 1414.º do Cód. Civil francês), deve suportar as dívidas a seu cargo, como acontece com os juros de um empréstimo. Por isso, não terá direito a

Assim, os bens comuns respondem pelas dívidas contraídas por qualquer um dos cônjuges, nos termos do art. 1413.º do Cód. Civil francês. Mas esta regra comporta algumas limitações. As primeiras resultam da noção de fraude e da limitação dos poderes de um dos cônjuges, obtida judicialmente pelo outro, no momento de crise conjugal. As segundas, visando proteger o património familiar contra actos de delapidação dos bens comuns por parte de um dos cônjuges, mediante a contracção de dívidas no seu interesse pessoal ou para a satisfação das necessidades específicas de uma profissão exercida em separado, resultam da introdução, na Reforma de 1985, de disposições relativas a certos bens (ganhos e salários) e a certos actos (empréstimos e fianças).

De facto, não há responsabilidade dos bens comuns (respondendo, portanto, apenas os bens próprios do cônjuge devedor e os seus *revenus*), nos termos do art. 1413.º do Cód. Civil francês, se houver fraude do cônjuge devedor e má fé do terceiro (sendo os requisitos cumulativos). Entende-se existir fraude quando, pela contracção da dívida, se vise causar prejuízo ao outro cônjuge responsabilizando a comunhão pela mesma, não bastando a mera intenção de actuar no interesse pessoal ou até no interesse de terceiros. Pela fraude, o cônjuge devedor responsabiliza os bens comuns por uma dívida que, não fosse tal artifício, seria própria do mesmo⁶⁰⁶. A má fé consiste, por seu lado, no conhecimento por parte do terceiro da natureza fraudulenta do seu crédito, graças à qual pode penhorar os bens comuns.

Por sua vez, as restrições (ou suspensão) judicialmente impostas aos poderes de um dos cônjuges, a pedido do outro, podem traduzir-se numa restrição (ou suspensão) correlativa do poder de obrigar a comunhão. Pense-se no art. 220.º-1 do Cód. Civil

compensação se os pagou. Se, pelo contrário, os juros foram pagos com dinheiro próprio (o que não é o caso dos rendimentos de bens próprios que são comuns) haverá lugar a compensação. V. também, Civ. 1.^{re}, de 31 de Março de 1992 (*loc. cit.*). E o mesmo era defendido para os “*arrérages*” de uma renda vitalícia, ainda que, no caso de renda constituída como preço de aquisição de um imóvel que permanecesse próprio, a comunhão tivesse direito a uma compensação (Baudry-Lacantinerie/J. Le Courtois/F. Surville, *ob. cit.*, pp. 433 e 434).

⁶⁰⁶ V., quanto aos problemas colocados pela existência de fraude na contracção da dívida, M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, p. 199, e A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, pp. 392 e 393. A solução do art. 1413.º do Cód. Civil francês relaciona-se com a da sanção da fraude. Se esta tem como sanção a inoponibilidade, o credor poderá penhorar bens próprios do cônjuge que contraiu a dívida e os seus *revenus*, nos termos do art. 1411.º do Cód. Civil francês. Mas se a sanção for a nulidade, não decorrerá do negócio qualquer efeito, não responsabilizando sequer os bens referidos do devedor (F. Terré/Ph. Simler, *ob. cit.*, pp. 313 e 314, preferindo a primeira solução. Também Rémy Cabrillac, *ob. cit.*, p. 161).

A fraude implica a existência de uma norma obrigatória à qual se visa escapar, a intenção fraudulenta (a má fé, a vontade consciente e deliberada na procura do resultado ilícito) e a existência de um meio que permite escapar à aplicação da referida norma. V., Françoise Chevallier-Dumas, “La fraude dans les régimes matrimoniaux”, *RTDC*, ano 77.º, 1979, p. 41.

francês⁶⁰⁷ ou no art. 1426.º do mesmo código⁶⁰⁸. Nestes casos, o terceiro de má fé não poderá executar os bens comuns, de acordo com o art. 1413.º do Cód. Civil francês.

Dada a importância que actualmente os rendimentos profissionais de cada um dos cônjuges representam para a maioria dos lares justifica-se a limitação prevista no art. 1414.º, 1.º, do Cód. Civil francês⁶⁰⁹. O legislador visa proteger o património conjugal contra eventuais comportamentos irreflectidos ou egoístas de um dos cônjuges. Por isso, não há qualquer razão para sacrificar os interesses dos credores se os cônjuges actuaram de comum acordo ou se se encontram solidariamente obrigados (art. 220.º do Cód. Civil francês). De facto, não é de aplicar a limitação do art. 1414.º, 1.º, 1.ª parte, do Cód. Civil francês, se se trata de dívidas relativas ao sustento do lar ou educação dos filhos (art. 1414.º, 1.º, 2.ª parte, e art. 220.º do Cód. Civil francês)⁶¹⁰.

⁶⁰⁷ Esta disposição concede a um cônjuge a faculdade de requerer que seja provisoriamente impedido o outro cônjuge de contratar esta ou aquela obrigação sem o seu acordo. Trata-se da adopção de medidas urgentes para salvaguarda dos interesses da família, situação que ocorrerá com maior frequência no caso de uma separação de facto entre os cônjuges.

⁶⁰⁸ Aqui ocorrerá uma suspensão nos poderes de um dos cônjuges que não pode nem administrar nem obrigar a comunhão.

⁶⁰⁹ Justificação apresentada pelo próprio Ministro da Justiça pela importância crucial dos ganhos e salários na família conjugal, como expõe A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., p. 394. A impenhorabilidade de tais bens assegura também a liberdade profissional, prevista no art. 223.º do Cód. Civil francês (o cônjuge do comerciante nunca responde com os seus rendimentos para uma dívida comercial contraída pelo outro, salvo se ambos os cônjuges praticarem a mesma actividade comercial e agrícola, pois aí entende-se que se obrigam solidariamente – Flour/Champenois, *ob. cit.*, p. 402). Além do mais, tais valores são administrados por cada um dos cônjuges, pelo que a dívida contraída por um não deve onerar bens administrados pelo outro.

O art. 1414.º do Cód. Civil francês refere “*gains et salaires*” e não “*revenus*”, o que parece significar que esta impenhorabilidade apenas vale para os salários e rendimentos profissionais e não também para os frutos e rendimentos de bens próprios. De facto, sempre que o legislador francês pretende abarcar os salários, rendimentos profissionais e frutos de bens próprios utiliza a expressão “*revenus*” (v., p. ex., os arts. 1411.º e 1415.º do Cód. Civil francês) o que não acontece no art. 1414.º. Além disso, o art. 1414.º surge como uma excepção ao art. 1413.º, pelo que deve prevalecer uma interpretação restritiva. Assim, os “*revenus*”, que não ganhos e salários profissionais, dos bens próprios do outro cônjuge também respondem por tais dívidas. Neste sentido, M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 179 e 186, e A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., p. 395. Contra, Flour/Champenois, *ob. cit.*, p. 379 - os rendimentos dos bens próprios não devem também poder ser penhorados dado que a razão da impenhorabilidade dos ganhos e salários é a da administração pelo cônjuge que os auctora. Ora, também os rendimentos dos bens próprios são auferidos pelo cônjuge não devedor. F. Terré/Ph. Simler, *ob. cit.*, p. 309, nota 2, defendem que deveria ser declarada a impenhorabilidade dos *revenus* e não apenas dos ganhos e salários.

⁶¹⁰ A referência ao art. 220.º do Cód. Civil francês coloca algumas dúvidas, ou seja, poderá interpretar-se no sentido da penhorabilidade dos ganhos e salários por todas as dívidas referidas nesse artigo, compreendendo mesmo as que são excessivas ou se traduzem em compras a prestações ou empréstimos? Ou seja, só estará ao abrigo da excepção do art. 1414.º do Cód. Civil francês as dívidas solidárias do art. 220.º, 1.º, ou também as dos §§ 2.º e 3.º do mesmo art. 220.º? Entendem uns autores que, apesar da letra da lei nada dizer, o espírito desta aconselha a proteger os rendimentos profissionais de um cônjuge das dívidas perigosamente assumidas pelo outro (mesmo que “*ménagères*”). Por isso, as dívidas onde não há solidariedade não obrigam o cônjuge que não contraiu a dívida, nem os seus bens próprios nem os seus ganhos e salários. Neste sentido, que, aliás, é partilhado pela maioria dos autores, v., Flour/Champenois, *ob. cit.*, p. 385, e A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., p. 395. Outros, pelo contrário, consideram que, não havendo qualquer distinção na lei, e atendendo ao carácter “*ménager*” da dívida, ainda que não solidária, deve admitir-se a penhora dos ganhos e salários do cônjuge não devedor, apenas ficando excluídos da penhora os bens próprios deste (art. 1418.º do Cód. Civil francês). Assim, F. Terré/Ph. Simler, *ob. cit.*, pp. 297 e 309, M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, p. 191, e Montanier, *ob. cit.*, pp. 43 e 130.

Não podemos deixar de fazer referência à consequência resultante da articulação do art. 1414.º do Cód. Civil francês com a realidade sócio-económica, que faz com que o objectivo do legislador de 1985 em estabelecer uma real paridade entre o marido e a mulher não se atinja⁶¹¹. Algumas mulheres não exercem uma actividade profissional remunerada e dedicam-se ao trabalho no lar, constituindo os rendimentos profissionais do marido a principal (e única) fonte de rendimentos do lar. Ora, o legislador impediu o credor de penhorar tais rendimentos por dívidas da mulher, ficando, assim, desprovidas de crédito (salvo relativamente às despesas correntes do lar e educação dos filhos). A igualdade pretendida entre os cônjuges só se alcançará efectivamente se a comunhão compreender outros valores que não só os ganhos e salários de um dos cônjuges.

Finalmente, a última limitação à responsabilidade dos bens comuns, prevista no art. 1413.º, resulta do art. 1415.º do Cód. Civil francês. A protecção do património comum prende-se não apenas com os bens que o credor pode executar, mas também com os actos jurídicos que estão na base do direito do credor. Assim, na falta de acordo do outro, um cônjuge apenas obriga os seus bens próprios e os rendimentos destes no caso de contracção de empréstimo ou de concessão de fiança⁶¹². Havendo o consentimento do outro cônjuge, respondem também os bens comuns mas não os bens próprios do cônjuge que apenas deu o seu consentimento (salvo se, para além do mero consentimento, também se obrigou pela dívida do empréstimo). Tal como certos actos de disposição exigem o consentimento de ambos os cônjuges (arts. 1422.º, 1424.º e

Quanto à caracterização da norma do art. 1414.º do Cód. Civil francês, no sentido de saber se pode, por convenção matrimonial, alterar-se o nela disposto, v., A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., p. 395, defendendo a sua integração como norma de ordem pública ainda que não enquadrada no âmbito do estatuto imperativo de base.

Questiona-se também na doutrina francesa se, tal como o salário e os rendimentos profissionais, as economias daí resultantes também estão sujeitas à regra da impenhorabilidade. Alguns autores entendem que, dado o art. 1414.º do Cód. Civil francês não fazer qualquer distinção, também não são penhoráveis tais economias. M. Grimaldi, *et alii*, ob. cit., p. 187, considera ser de estender o regime excepcional da impenhorabilidade do art. 1414.º do Cód. Civil francês aos ganhos e salários economizados, dado que, por serem economias, não perdem a sua qualidade de bem administrado pelo cônjuge que o auferiu. É essa administração e disposição exclusiva de cada cônjuge que está na base da excepção do art. 1414.º do Cód. Civil francês e que justifica a sua aplicação às economias. Em sentido contrário, pronuncia-se A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., p. 396, não considerando admissível que um dos cônjuges (porque os rendimentos do seu cônjuge são suficientes para ocorrer a todas as despesas relativas ao sustento do lar e educação dos filhos) conserve em seu poder todos os seus rendimentos profissionais, economizando-os, e beneficiando da imunidade concedida pelo art. 1414.º do Cód. Civil francês. Aliás, esta última posição, parece encontrar fundamento no art. 1414.º, 2.º, do Cód. Civil francês, relativo à penhora dos rendimentos depositados em conta à ordem ou a prazo, que parece considerar, em ligação com o art. 48.º do Dec. n.º 92-755, de 31 de Julho de 1992, que as somas depositadas numa conta bancária, para além da quantia correspondente a um mês de remuneração, perdem a sua natureza de ganhos e salários para se tornarem em bens comuns, sujeitos à acção dos credores nos termos gerais do art. 1413.º do Cód. Civil francês.

⁶¹¹ Seguimos A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., pp. 398 e 399.

⁶¹² Situação não especialmente prevista na nossa lei. A sua qualificação como dívida comum ou própria dependerá do caso concreto e do preenchimento dos requisitos de uma das normas dos arts. 1691.º e segs.

1425.º do Cód. Civil francês) também certas dívidas apenas responsabilizam os bens comuns se existir esse consentimento.

Procura-se limitar o risco decorrente de certos empréstimos ou fianças, muitas vezes efectuados impensadamente por um dos cônjuges, e que implicam dívidas diferidas no tempo. Porém, a exclusão da responsabilidade dos bens comuns não é completa. Com efeito, o art. 1415.º do Cód. Civil francês responsabiliza sempre os “*revenus*” do devedor e estes são comuns. Acresce ainda que o artigo refere “*revenus*”, abrangendo, portanto, não apenas os ganhos e salários do devedor bem como os rendimentos e frutos dos seus bens próprios.

Nem todos os empréstimos estão abrangidos pelo art. 1415.º do Cód. Civil francês. Com efeito, de acordo com o art. 220.º do Cód. Civil francês, os empréstimos de quantias modestas contraídos por um dos cônjuges responsabilizam os bens comuns e solidariamente os cônjuges, mesmo que sem o consentimento do outro cônjuge e desde que contraídos para ocorrer às necessidades da vida corrente.

Se o cônjuge não der o seu consentimento, o cônjuge devedor pode recorrer ao art. 217.º do Cód. Civil francês para suprir judicialmente a recusa do mesmo, bem como, se estiver impossibilitado de o prestar, pode atender-se ao disposto no art. 219.º do Cód. Civil francês. Em todo o caso, a extensão obtida pelo consentimento só responsabiliza os bens comuns e nunca os próprios do outro cônjuge (reportámo-nos apenas a esta situação em que um cônjuge presta, no mesmo acto, o consentimento para a dívida contraída pelo outro, deixando de lado as situações em que ambos se obrigam – art. 1202.º do Cód. Civil francês). E o mesmo vale para os seus ganhos e salários que, embora comuns, devem observar o disposto no art. 1414.º do Cód. Civil francês. Não podemos, todavia, esquecer que esta disposição não tem grande importância, dado que o terceiro credor exigirá nesses casos normalmente a responsabilização de ambos os cônjuges e até solidariamente⁶¹³.

⁶¹³ Às excepções referidas no texto à responsabilidade dos bens comuns prevista no art. 1413.º do Cód. Civil francês, importa acrescentar uma especificidade prevista no art. 22.º-1 da Lei n.º 91-650, de 9 de Julho de 1991 (introduzido pelo art. 47.º-III da Lei n.º 94-126, de 11 de Fevereiro de 1994, a chamada lei *Madelin*), a propósito dos comerciantes em nome individual. Como já referimos, o artigo concede ao devedor empresário em nome individual, no caso de uma dívida contratual relativa à sua actividade profissional, a possibilidade de orientar o *droit de poursuite* dos credores, ou seja, pode pretender que a execução recaia prioritariamente sobre os bens necessários à exploração da empresa (desde que o seu valor seja suficiente para garantir o pagamento do crédito, o credor não pode opor-se a esta exigência do seu devedor, salvo intenção danosa). Ora, se o empresário devedor estiver casado em regime de comunhão, dado a referida lei não fazer qualquer distinção, pode exigir o pagamento dos seus créditos profissionais sobre os bens profissionais, independentemente da sua natureza de bens próprios ou comuns (salvo havendo fraude, prevista no art. 1413.º do Cód. Civil francês, e sem prejuízo de uma eventual compensação). V., M. Grimaldi, *et alii, ob. cit.*, pp. 183 e 184.

No direito italiano, no regime de comunhão legal, pelas dívidas comuns respondem os bens comuns e os cônjuges mas na medida da metade do crédito (art. 190.º do Cód. Civil italiano). Por outro lado, no regime de separação de bens cada um dos cônjuges está obrigado ao pagamento solidário da dívida contraída para ocorrer às necessidades da vida familiar, em proporção com a capacidade contributiva de cada cônjuge, de acordo com o regime patrimonial primário⁶¹⁴. O que conduziria a uma diferença desigual de tratamento dos credores consoante o regime matrimonial (em sentido inverso ao nosso art. 1695.º)⁶¹⁵. Uma parte da doutrina italiana defende que a forma de

Flour/Champanois, *ob. cit.*, pp. 382 e 383, referem ainda como excepções à responsabilidade dos bens comuns prevista no art. 1413.º do Cód. Civil francês, as situações dos arts. 220.º-1 (interdição do cônjuge e anulação dos actos praticados), 1426.º (retirada dos poderes de administração a um dos cônjuges: concluem os autores que, neste caso, o cônjuge em causa não pode obrigar a comunhão, com excepção das dívidas de alimentos e as *ménagères*) e 1429.º (transferência de poderes para o outro cônjuge, situação em que o cônjuge, só podendo alienar a sua propriedade, só pode também obrigar essa mesma sua propriedade), todos do Cód. Civil francês.

A propósito dos empréstimos contraídos por ambos os cônjuges, sobretudo bancários, interessa notar que são normalmente acompanhados de um seguro de vida, destinado a beneficiar a entidade que concede o empréstimo. Apesar desse seguro ser, no decurso da comunhão, pago normalmente com os rendimentos dos cônjuges que são comuns, o pagamento do montante segurado ao terceiro beneficiário em caso de morte do ou dos cônjuges não gera qualquer compensação ao património comum (por parte do património do que morreu). Com efeito, não há qualquer benefício deste património próprio em detrimento do comum, dado que quem beneficia é o terceiro (p. ex., a entidade bancária). Pelo contrário, se se visa beneficiar o outro cônjuge ou mesmo o próprio, os valores recebidos pelo seguro serão próprios, enquanto que o valor pago pelas prestações do mesmo seguro podem ser comuns. Neste caso, não pode dizer-se que os valores comuns serviram para a aquisição de bens próprios, nos termos do art. 1369.º, 3.º, do Cód. Civil francês, e calcular a compensação com base no lucro subsistente. Tal seria retirar ao cônjuge beneficiário o benefício do seguro. Assim, a compensação será devida apenas pelos valores das prestações pagas com valores comuns. Acresce ainda que o art. L. 132-16 do *Code des assurances* dispõe que esta compensação só será devida se os valores pagos forem manifestamente excessivos do ponto de vista dos recursos da comunhão. V., AAVV, *Le couple et son patrimoine, cit.*, pp. 52 e 61.

⁶¹⁴ O entendimento recente da jurisprudência italiana, ainda que não assente a solidariedade directamente no dever de contribuição do art. 143.º do Cód. Civil italiano, considera que as dívidas contraídas por um dos cônjuges para a satisfação das necessidades da vida familiar obrigam solidariamente o outro cônjuge, pela verificação de um mandato tácito nessa contracção da dívida. Há, portanto, um interesse comum das partes e não há norma legal que a exclua (art. 1294.º do Cód. Civil italiano - pelo menos, no regime de separação). Isto, muito embora, e dada a ausência de qualquer regulação na Reforma de 1975 do problema, algumas decisões anteriores, afastando a solidariedade quando não expressamente acordada pelas partes, e excluindo a teoria da aparência, apontassem no sentido contrário. V., A. Fusaro, *ob. cit.*, pp. 6-12. Defendendo a responsabilidade solidária apenas se se verificarem os pressupostos de aplicação do princípio da aparência, v., Enrico Perego, “Se, in regime di separazione dei beni, un coniuge risponda per le obbligazioni contratte dall’altro nell’interesse della famiglia”, *Rassegna di diritto civile*, n.º 2, 1987, p. 360, e “Separazione legale dei beni – obbligazione contratta da un coniuge – ammissibilità – responsabilità dell’altro – esclusione”, in AAVV, *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia...*, *cit.*, pp. 413 e 141.

⁶¹⁵ V., L. Bruscutta, *ob. e loc. cit.*, pp. 334 e 335. O mesmo autor (pp. 336 e 337) faz um resumo da jurisprudência sobre a matéria. De chamar a atenção para a decisão da *Corte di Cassazione*, de 28 de Janeiro de 1995 (*loc. cit.*), que entendeu que a dívida de pagamento da prestação do condomínio além de responsabilizar os bens comuns responsabilizava também, por se tratar de dever de contribuição para as necessidades da família, solidariamente ambos os cônjuges (ao contrário do que dispõe o art. 190.º do Cód. Civil italiano). A. Galasso, *ob. cit.*, p. 410, entende mesmo que quando se trate de dívidas no interesse da família não só respondem os bens comuns como solidariamente os bens próprios de qualquer dos cônjuges, garantindo, assim, a igualdade entre os diferentes regimes de bens, sob pena de se tratar de questão de inconstitucionalidade (v. também, Schlesinger, *ob. e loc. cit.*, sob a direcção de Carraro/Oppo/Trabucchi, p. 437, M. Gionfrida Daino, *ob. cit.*, pp. 51 e 52, Maria Fortunata Lo Moro Biglia, *Lo scioglimento della comunione legale tra coniugi*, Padova, Cedam, 2000, pp. 316-321, e M. Verzera, *ob. e loc. cit.*, pp. 644 e 645).

articular o regime patrimonial primário e o regime de comunhão será admitir que o art. 186.º do Cód. Civil italiano regula a responsabilidade externa face aos credores, enquanto que os arts. 143.º e 144.º do Cód. Civil italiano regulam as relações internas e pessoais entre os cônjuges, como, aliás, tem feito alguma jurisprudência⁶¹⁶. Significa, portanto, que apenas conferem uma eficácia interna ao regime patrimonial primário.

Porém, outra parte da doutrina entende que não se justifica que pela dívida contraída com o fim de realizar o próprio dever de contribuição, respondam os cônjuges a título conjunto, pela única razão de não terem optado pelo regime de separação de bens. Não se compreende porque o terceiro credor, por dívida contraída no interesse da família, deva suportar uma limitação da responsabilidade do devedor, como se os bens pessoais de cada um dos cônjuges, e só nos regimes de comunhão, permanecessem à margem da obrigação de contribuição. Por isso, consideram alguns autores que a dívida contraída para as necessidades da vida familiar responsabiliza não só os bens comuns, mas também directa e imediatamente a totalidade dos bens próprios dos cônjuges. Quando se trate do cumprimento do dever de contribuição, o regime da comunhão legal não pode evitar a responsabilidade total e imediata de ambos os cônjuges com os seus bens

⁶¹⁶ V., Cattaneo, “Del regime di separazione dei beni”, in AAVV, *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, cit., sob a direcção de Carraro/Oppo/Trabucchi, p. 478, Palermo, loc. cit., pp. 488 e 489, Carmen del Bagno Maioli, “Dovere di contribuzione e solidarietà fra i coniugi”, *Rassegna di diritto civile*, n.º 2, 1984, p. 481, A. Finocchiaro/M. Finocchiaro, *Diritto di famiglia...*, cit., pp. 291 e 292, Enzo Roppo, “Coniugi – I) Rapporti personali e patrimoniali tra coniugi”, *Enciclopedia Giuridica*, Istituto della Enciclopedia Italiana, vol. VIII, Roma, 1988, p. 5, ponto 3.3, e De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia...*, cit., p. 606, e *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato...*, cit., p. 691. Schlesinger, *ob. e loc. cit.*, sob a direcção de Carraro/Oppo/Trabucchi, pp. 431 e 432, refere que, se no regime de comunhão não há responsabilidade solidária pelas referidas dívidas (art. 190.º do Cód. Civil italiano), não se justifica que esta exista no regime de separação, onde se tenta reduzir ao mínimo a interdependência patrimonial dos cônjuges. Por isso, no regime de separação, se um cônjuge contrai uma dívida para ocorrer às necessidades familiares, por ela não responde o outro cônjuge. Admite, porém, que essa responsabilidade decorra não do regime patrimonial da família, mas da teoria da aparência jurídica (p. 435 e nota 19). Na jurisprudência, v., p. ex., *Corte di Cassazione*, de 18 de Junho de 1990 (*For. it.*, ano CXVI, I, 1991, p. 831, decisão comentada por Vecchi, “Obbligazioni nell’interesse della famiglia e responsabilità solidale dei coniugi”, *Rivista di Diritto Civile*, ano XXXVII, II, 1991, pp. 631 e segs., e R. Maggiore, “Acquisto di beni mobili nell’interesse della famiglia ed esclusione della solidarietà nel debito”, *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*, ano LXVII, n.º 2, 1992, pp. 207-213) e decisões citadas no texto. Entendem os autores não poder existir uma eficácia externa com base na impossibilidade de imputar a um sujeito os efeitos de uma dívida contraída pelo outro cônjuge sem estar investido num poder de representação (arts. 1372.º e 2740.º do Cód. Civil italiano). Aliás, e como refere De Cupis, “Indirizzo della vita familiare e responsabilità patrimoniale”, *Rivista di Diritto Civile*, ano XXXI, II, 1985, p. 5, a responsabilidade decorrente da dívida contraída não é assumida solidariamente pelos cônjuges, mas de forma proporcional às possibilidades de cada um (art. 143.º, 3.º, do Cód. Civil italiano).

V., para uma análise geral das teorias em causa (eficácia meramente interna ou externa do regime primário), Caravaglios, *La comunione legale*, tomo II, Milano, Giuffrè Editore, 1995, pp. 796-812.

próprios, salvo se a dívida for excessiva atendendo ao padrão de vida familiar dos cônjuges⁶¹⁷.

Sobre essa matéria a jurisprudência tem decisões díspares, ou seja, tanto entende que não pode responsabilizar-se o cônjuge estranho à contracção da dívida no interesse da família, afastando, assim, o regime de solidariedade que resulta do regime patrimonial primário (e negando, por isso, a sua eficácia externa), como decide no sentido da responsabilidade solidária, seja por força do próprio art. 186.º do Cód. Civil italiano, seja por força do regime patrimonial primário, operante independentemente do regime

⁶¹⁷ Santoro-Passarelli, *loc. cit.*, p. 11, aplica essa limitação ao ordenamento italiano, por inspiração no art. 220.º do Cód. Civil francês e atendendo à natureza extraordinária do poder externo de cada um dos cônjuges. Refere ainda o autor (p. 10) que a distribuição da contribuição para as necessidades da vida familiar do art. 143.º do Cód. Civil italiano, de acordo com as capacidades de cada um dos cônjuges, vale apenas nas relações internas, não regulando a lei como respondem os cônjuges nas relações face aos credores. Defende o autor (p. 15) a responsabilidade solidária dos cônjuges por tais dívidas, sem prejuízo depois da repartição interna de acordo com as capacidades de cada um. Mastropaolo/Pitter, *ob. e loc. cit.*, pp. 235 e 236 e pp. 243-250, considerando que o dever de contribuição tem sempre uma eficácia externa, entendem que não se justifica que pela dívida contraída com o fim de realizar o próprio dever de contribuição, respondam os cônjuges a título conjunto, pela única razão de não terem optado pelo regime de separação de bens. Consideram que a dívida contraída para as necessidades da vida familiar responsabiliza não só os bens comuns, mas também directa e imediatamente a totalidade dos bens próprios dos cônjuges. V., A. Galasso, *ob. cit.*, pp. 408 e 409, e pp. 411 e 412. Este autor entende que a solução do art. 190.º do Cód. Civil italiano vale se os bens comuns e os bens próprios na medida da metade satisfizerem o credor (v. também, p. 421). Para não haver violação do art. 143.º do Cód. Civil italiano os cônjuges respondem solidariamente pelas dívidas contraídas para satisfação das necessidades familiares, na medida das suas capacidades, não obstante o disposto no art. 190.º do Cód. Civil italiano. E o mesmo entendimento é perfilhado para a al. d) do art. 186.º do Cód. Civil italiano (p. 421). Defendendo também a eficácia externa do dever de contribuição, Alagna/Ciccarello/Tommasini, *ob. e loc. cit.*, pp. 198-208, A. Finocchiaro/M. Finocchiaro, *Riforma del diritto...*, *cit.*, p. 568, A. Falzea, *loc. cit.*, pp. 624-629, Santoro-Passarelli, *loc. cit.*, p. 6, e “Il regime patrimoniale primario”, in AAVV, *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia (discusse da vari giuristi e dedicate ad Alberto Trabucchi)*, Padova, Cedam, 1989, p. 7, Alagna, “Il sistema della contribuzione ai bisogni della famiglia”, *Famiglia e rapporti tra coniugi...*, *cit.*, pp. 297-304, pp. 319-327, e pp. 469-473 (refere o autor que negar a solidariedade significa pôr em causa a essência íntima do Direito da Família saído da Reforma de 1977), M. Gionfrida Daino, *ob. cit.*, pp. 49-52, Enrico Quadri, “Obblighi gravanti sui beni...”, *ob. e loc. cit.*, p. 746, Giuseppe Veitori, “Il dovere coniugale di contribuzione”, in AAVV, *Studi in onore di Pietro Rescigno...*, *cit.*, pp. 873-876, Ugo Minneci, *ob. e loc. cit.*, p. 358 (para quem o art. 186.º, al. c), do Cód. Civil italiano, não deixa de manter alguma utilidade neste caso, dado que o credor tem sempre preferência sobre os credores pessoais, nos termos do art. 189.º, 2.º, do Cód. Civil italiano - p. 359), etc. De Cupis, “Indirizzo della vita familiare e responsabilità patrimoniale”, *Rivista di Diritto Civile*, ano XXIX, II, 1985, pp. 1 e segs., e *Il Diritto di Famiglia*, Padova, Cedam, 1988, pp. 99-101, admite a eficácia externa do dever de contribuição mas nega que daí resulte uma obrigação solidária dos cônjuges pela dívida. De Paola/A. Macri, *ob. cit.*, p. 24 e pp. 612 e 613, entendem que os bens próprios do cônjuge que não contraiu a dívida respondem a título subsidiário e na medida da metade do crédito pelas dívidas em causa, aplicando, portanto, o art. 190.º do Cód. Civil italiano. A responsabilidade solidária dos cônjuges pelas dívidas relativas às necessidades da família, por aplicação do regime patrimonial primário, traduz um dos casos de responsabilidade sem assunção da dívida. É o poder atribuído por lei a cada um dos cônjuges de prosseguir o interesse familiar de satisfação das suas necessidades que determina a responsabilização não só do cônjuge que contrai a dívida como também do outro cônjuge (M. Verzera, *ob. e loc. cit.*, p. 652).

Ennio Russo, *ob. cit.*, como já vimos, apresenta ainda uma outra posição quanto ao problema. Assim, distingue o autor, para efeitos dos arts. 186.º, al. c), e 143.º do Cód. Civil italiano, as dívidas contraídas no “interesse” da família e as contraídas para suprir às necessidades (“bisogni”) da mesma. As primeiras estariam sujeitas ao regime do art. 190.º do Cód. Civil italiano, e à responsabilidade por metade, enquanto as segundas implicariam, por força do art. 143.º do Cód. Civil italiano, uma responsabilidade solidária.

de bens estipulado entre os cônjuges [p. ex., *Corte di Cassazione*, de 7 de Janeiro de 1984 (*For. it.*, ano CVIII, I, 1985, p. 562)]. A decisão da *Corte di Cassazione*, de 23 de Setembro de 1986, relativamente a uma dívida contraída pela mulher para a satisfação de interesses da família, responsabilizou também o marido por essa obrigação, invocando a existência de um mandato tácito do marido na actuação da mulher⁶¹⁸. Numa outra decisão, de 18 de Junho de 1990, a *Corte di Cassazione* entendeu que a dívida contraída por um dos cônjuges para as necessidades familiares integra o dever de contribuição, nos termos dos arts. 143.º e 144.º do Cód. Civil italiano, mas apenas nas relações internas entre os cônjuges⁶¹⁹. Nas relações externas, face a terceiros, o único sujeito obrigado é o cônjuge contraente, e, por isso, o não contraente não assume qualquer obrigação solidária pela dívida (podendo, nos termos do art. 190.º do Cód. Civil italiano, responder apenas por metade). A *Corte di Cassazione* já decidiu, pelo contrário, que quando a dívida, contraída por um dos cônjuges, vise a satisfação das necessidades da vida familiar respondem solidariamente ambos os cônjuges (*Corte di Cassazione*, de 25 de Julho de 1992)⁶²⁰. Referindo também uma responsabilidade de ambos os cônjuges por uma actuação da mulher em nome do marido, v., *Corte di Cassazione*, de 7 de Julho de 1995 (*Giust. Civ.*, I, 1996, p. 142), e *Corte di Cassazione* II, de 28 de Abril de 1992 (*Giur. It.*, I, 1, 1993, p. 1036 - o credor pode invocar a responsabilidade solidária dos cônjuges, assente na aparência criada pelas circunstâncias, no sentido de que a contracção da dívida foi também em representação do outro cônjuge)⁶²¹.

⁶¹⁸ Decisão obviamente criticada por assentar no antigo poder do marido de administrar e dispor de todos os bens, detendo a mulher um mandato para as despesas domésticas (a *Schlüsselgewalt* da mulher).

⁶¹⁹ O que significa que o cônjuge que pagou a mais pode exigir do outro a sua parte.

⁶²⁰ As decisões referidas no texto são citadas por A. Galasso, *ob. e loc. cit.*, pp. 391 e 392.

⁶²¹ Como nota M. Sesta, “Il dovere di contribuzione ai bisogni della famiglia”, in AAVV, *Casi e questioni di diritto privato...*, *cit.*, vol. III, p. 118, das duas uma: ou a jurisprudência, atribuindo eficácia externa à obrigação de contribuição, reconhece um princípio implícito do ordenamento jurídico e, assim, a responsabilidade solidária dos cônjuges decorre *ex lege* ou reconhece como regra apenas a eficácia interna, permitindo em certos casos, por recurso à teoria da aparência do mandato entre os cônjuges, a responsabilidade solidária destes e a eficácia externa do dever de contribuição (posição para a qual o autor se inclina – p. 119). Como vimos, a jurisprudência não é unânime na decisão. V., com uma análise da jurisprudência em confronto, M. Finocchiaro, “Del regime patrimoniale della famiglia”, in AAVV, *Nuova rassegna di giurisprudenza sul codice civile*, sob a direcção de Cesare Ruperto/Vittorio Sgroi, Milano, Giuffrè Editore, 1994, pp. 1413 e 1414, e M. Dogliotti, “Diritti e doveri nascenti dal matrimonio”, in AAVV, *Giurisprudenza del diritto di famiglia. Rapporti personali e patrimoniali tra coniugi, famiglia di fatto*, sob a direcção de Mario Bessone, vol. II, 4.ª ed., Milano, Giuffrè Editore, 1994, pp. 41-52. Para Santoro-Passarelli, “Poteri e responsabilità patrimoniale...”, *loc. cit.*, p. 8, o poder atribuído pelo art. 143.º do Cód. Civil italiano a cada um dos cônjuges não é um poder de representação e de actuação em nome de outrem, mas um poder atribuído por lei ao cônjuge para actuação em nome próprio e com produção de efeitos na esfera jurídica do outro cônjuge.

Por outro lado, no regime de separação de bens, as dívidas contraídas pelos cônjuges durante o casamento são próprias. De facto, existindo só bens próprios (em relação aos quais o seu titular tem a administração e livre disposição) também só existirão dívidas próprias, de acordo com o princípio do art. 1372.º do Cód. Civil italiano e com a regra da responsabilidade patrimonial do art. 2740.º do mesmo código. Mas, sem prejuízo da solidariedade entre os cônjuges pelo dever de contribuição – art. 143.º do Cód. Civil italiano - e no interesse da família⁶²².

Por seu lado, pelas dívidas previstas no art. 1319.º do Cód. Civil espanhol (aplicável a qualquer regime de bens) respondem, solidariamente, os bens comuns e os bens próprios do cônjuge que contraiu a dívida e, subsidiariamente, os bens do outro cônjuge. Respondem os bens comuns pois os negócios relativos às necessidades ordinárias da família são negócios relativos aos encargos inerentes à vida familiar (art. 1362.º do Cód. Civil espanhol); e respondem os bens próprios do cônjuge que contraiu a dívida pois, face ao credor, é esse o devedor e terá de responder pelas suas obrigações (art. 1911.º do Cód. Civil espanhol)⁶²³. Favorece-se, assim, a posição do credor, permitindo-se-lhe executar qualquer um desses bens. A par disso, estabelece-se uma responsabilidade subsidiária do outro cônjuge, a quem incumbe também suprir as necessidades familiares. Este, porém, só responderá quando não existam bens comuns ou próprios do

⁶²² A *Corte di Cassazione*, na referida decisão de 25 de Julho de 1992, entendeu que pelas dívidas relativas às *bisogni* da família, mesmo no regime de separação, respondem solidariamente ambos os cônjuges. V., M. Morelli, *ob.cit.*, pp. 146 e 147, e L. Barbiera, *ob. e loc. cit.*, p. 654. Contra, parece pronunciar-se De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia...*, *cit.*, p. 606, e *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato...*, *cit.*, p. 691, ao dizer que, não prevendo a lei qualquer responsabilidade solidária pelas dívidas contraídas por um dos cônjuges no interesse da família no regime de separação de bens, não é absolutamente certo que ela decorra dos arts. 143.º e 144.º do Cód. Civil italiano, reguladores apenas das relações entre os cônjuges e sem eficácia externa. No mesmo sentido, v., G. Oberto, *Il Codice Civile Commentario. Il regime di separazione dei beni tra coniugi*, Milano, Giuffrè Editore, 2005, pp. 181 e 182, que considera que da norma do art. 143.º do Cód. Civil italiano, reguladora das relações entre os cônjuges, não resulta necessariamente uma responsabilidade solidária pelas dívidas em causa. Além disso, decorre do art. 1372.º do Cód. Civil italiano que a responsabilidade solidária apenas existirá se se verificar a concessão de um mandato de um cônjuge ao outro.

⁶²³ M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 1504 e 1505, e L. Díez-Picazo/A. Gullón, *ob. cit.*, p. 145. V. também, Lacruz Berdejo, “La reforma del régimen económico del matrimonio”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXII, n.º 1, 1979, pp. 366 e segs., e Tomás Giménez Duart, “Cargas y obligaciones...”, *loc. cit.*, pp. 544 e 545. A lei estabelece aqui não uma solidariedade de devedores mas de patrimónios responsáveis. A norma do art. 1319.º do Cód. Civil espanhol, como em relação ao regime matrimonial de base, não pode ser alterada por acordo dos cônjuges, sob pena de defraudar credores que, confiando na aparência da lei, desconheciam os acordos privados (J. R. San Román Moreno, “Planteamiento general”, in AAVV, *Regimén económico matrimonial...*, *cit.*, p. 34). María Jesús Monfort Ferrero, *ob. cit.*, p. 27, considera que o grau de imperatividade do art. 1319.º do Cód. Civil espanhol varia nos §§ 1.º e 2.º (o § 3.º é de mera remissão). Assim, os cônjuges não podem alterar o disposto no § 1.º, quanto à satisfação das necessidades ordinárias da família, ainda que possam acordar o modo como se distribui o exercício de tal poder. O § 2.º estabelece um mínimo indisponível de carácter imperativo, isto é, os cônjuges não podem diminuir a responsabilidade aí prevista, estando em causa interesses de terceiros credores, mas podem fixar um acréscimo de tal responsabilidade.

outro ou quando tais bens sejam insuficientes para pagar a totalidade da dívida. Surge, assim, como se fosse um fiador com o benefício da excussão⁶²⁴.

Apesar de o art. 1319.º do Cód. Civil espanhol se basear no art. 220.º do Cód. Civil francês, o regime da responsabilidade é diferente deste. Com efeito, neste estabelece-se a responsabilidade solidária dos cônjuges pelo pagamento da dívida, enquanto que o art. 1319.º estabelece a solidariedade entre o património comum e o próprio do cônjuge devedor e subsidiariamente a do outro cônjuge. Aliás, a responsabilidade solidária de ambos os cônjuges pelas dívidas relativas aos encargos normais da vida familiar é estipulada nos restantes ordenamentos aqui referidos (art. 220.º do Cód. Civil francês, arts. 143.º e 186.º, al. c), do Cód. Civil italiano⁶²⁵, § 1357.º do BGB, e art. 1691.º, n.º 1, al. b), do Cód. Civil português)⁶²⁶.

O ordenamento jurídico espanhol, e apesar de o art. 1367.º do Cód. Civil espanhol apenas referir que os bens comuns respondem “em todo o caso” (ou seja, independentemente da natureza da dívida e da finalidade prosseguida na contracção da mesma, que pode mesmo ser o interesse de apenas um dos cônjuges, sem prejuízo, neste caso, de ulteriores compensações), considera que também pelas dívidas contraídas pelos dois cônjuges respondem directa e solidariamente os bens comuns⁶²⁷, nos termos do art.

⁶²⁴ Podendo, no entendimento de L. Díez-Picazo/A. Gullón, *ob. cit.*, p. 145, aplicar-se as regras da responsabilidade deste.

Haverá, contudo, o direito de reembolso, de acordo com o regime de bens que vigorar entre os cônjuges, se bens próprios, sejam eles do cônjuge obrigado solidário ou do obrigado subsidiário, pagaram por tais dívidas (art. 1319.º, 3.º, do Cód. Civil espanhol). Se o regime for o da separação de bens a exigibilidade é imediata. Se for o regime legal (*sociedad de gananciales*), M. Amorós Guardiola, *ob. cit.*, p. 1505, não obstante o que depois se dirá, refere apenas que se seguem as regras desse regime.

Como entende A. Ocaña Rodríguez, *ob. cit.*, p. 22, tratar-se-á, no caso de responsabilidade subsidiária do outro cônjuge, de uma situação de responsabilidade sem dívida, ou melhor, de responsabilidade por dívida alheia, como que constituindo face à dívida contraída pelo outro cônjuge uma fiança legal.

Mata Pallares, *loc. cit.*, p. 335, considera que a responsabilidade do cônjuge não contraente estando em causa o cumprimento dos deveres de alimentação e educação dos filhos comuns, decorrentes do poder paternal, ainda que vista do ponto de vista do art. 1319.º do Cód. Civil espanhol, não deveria ser meramente subsidiária.

⁶²⁵ Ainda que com a problemática já analisada, ou seja, há autores que entendem que a responsabilidade no art. 186.º, al. c), do Cód. Civil italiano, é conjunta, distinguindo-se, assim, do art. 143.º do Cód. Civil espanhol onde a responsabilidade é solidária nas relações internas.

⁶²⁶ Neste sentido também se pronuncia, Teodora F. Torres, “La administración de los bienes comunes en la sociedad de gananciales”, *Revista de Derecho Privado*, tomo XLIX, 1985, p. 751.

⁶²⁷ Existe solidariedade entre o património comum e os patrimónios próprios dos cônjuges. Entre os patrimónios próprios, a responsabilidade só será solidária se os cônjuges assim se obrigaram, sendo a regra a da conjunção, nos termos do art. 1137.º do Cód. Civil espanhol. O que significa que, juntamente com os bens comuns, responde o património de cada um dos cônjuges por metade. V., Mata Pallares, *loc. cit.*, p. 337, Javier Manrique Plaza, “Responsabilidad por deudas en la sociedad de gananciales”, *in* AAVV, *Academia Sevillana del Notariado*, Editorial Revista de Derecho Privado, 1989, p. 29, e M.ª del Carmen Pastor Álvarez, *ob. cit.*, pp. 351-353. Contra, J. Fernández Villa, *loc. cit.*, pp. 648 e 679, para quem responde solidariamente o património comum e os patrimónios próprios de ambos os cônjuges. Entende ainda o autor (pp. 677 e 678) que a responsabilidade dos bens comuns decorre do próprio art. 1367.º do Cód. Civil espanhol e não do art. 1369.º do mesmo código. Ou seja, pelas dívidas contraídas por ambos os

1369.º do Cód. Civil espanhol. Importa distinguir se a dívida foi contraída pelos dois cônjuges ou por um com o consentimento do outro. Enquanto que se ambos contraíram a dívida ambos respondem com os seus patrimónios próprios (art. 1911.º do Cód. Civil espanhol), solidariamente com o património comum, e não solidariamente com o outro cônjuge (diferente é o nosso art. 1695.º)⁶²⁸, se um contrair a dívida com o consentimento do outro o património deste não deve ficar obrigado pelo pagamento da dívida⁶²⁹.

No regime de separação de bens regulado no direito espanhol nos arts. 1435.º a 1444.º do Cód. Civil espanhol, existindo patrimónios próprios e independentes dos cônjuges, as dívidas contraídas por cada um dos cônjuges são da sua exclusiva responsabilidade e do seu património próprio (art. 1440.º do Cód. Civil espanhol), salvo se os próprios cônjuges se obrigaram conjunta ou solidariamente pela dívida. Apenas se ressalva as dívidas contraídas no exercício ordinário do governo doméstico⁶³⁰ pelas quais respondem ambos os cônjuges nos termos dos arts. 1319.º e 1438.º do Cód. Civil espanhol. Ou seja, por estas dívidas, face a terceiros credores, respondem os cônjuges de acordo com o art. 1319.º do Cód. Civil espanhol (responsabilidade principal do

cônjuges ou por um com o consentimento do outro respondem os bens comuns, independentemente de a dívida integrar o passivo definitivo da comunhão ou do património próprio de um dos cônjuges.

⁶²⁸ Não sendo necessária uma acção autónoma sobre os bens próprios para demonstrar a insuficiência destes, podendo o credor actuar sobre os comuns e os próprios – diferente do que acontece entre nós onde deve haver excussão dos bens comuns para actuar sobre os próprios (art. 1695.º, n.º 1), ainda que também não sejam necessárias duas diferentes e autónomas acções. V., M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, p. 1706.

⁶²⁹ V., Tomás Giménez Duart, “Cargas y obligaciones...”, *loc. cit.*, p. 544, A. Ocaña Rodríguez, *ob. cit.*, p. 55, J. Fernández Villa, *loc. cit.*, pp. 675-677, M.ª del Carmen Pastor Álvarez, *ob. cit.*, pp. 357-359, Llopis Giner, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 97 e 98 e p. 100 (referindo ainda que o outro cônjuge pode prestar o seu consentimento a título de fiador, situação em que responderá pela dívida depois de excutido o património próprio do devedor e os bens comuns), Carlos Lasarte, *ob. cit.*, p. 235, Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida, *et alii*, *Elementos de Derecho Civil. Familia*, *cit.*, p. 205, e C. Saiz García, *ob. cit.*, pp. 38-43. Problema que frequentemente poderá colocar-se será o de saber se se está perante uma dívida contraída pelos dois cônjuges ou por um deles com o consentimento do outro.

⁶³⁰ Cujá interpretação deve pautar-se pelo padrão de vida familiar, abrangendo os encargos relativos ao sustento do lar e educação dos filhos, que não tenham carácter excessivo e possam qualificar-se como necessidade ordinária da família. Deve também atender-se à boa fé do terceiro através da protecção da aparência, quando o nível de vida supere os recursos económicos efectivos do casal. V., M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, p. 1948, e A. López/V.L. Montés/E. Roca, *et alii*, *ob. cit.*, p. 260. María Jesús Monfort Ferrero, *ob. cit.*, p. 127, afirma que a referência a *potestad doméstica* do art. 1440.º do Cód. Civil espanhol deve interpretar-se como referência às necessidades ordinárias da família do art. 1319.º do Cód. Civil espanhol. Ficam, assim, de fora, as dívidas que, ainda que para sustento da família, não sejam necessárias ou tenham carácter extraordinário. Contra, M.ª Pilar Alvarez Olalla, *ob. cit.*, p. 160, que considera relevante o nível de vida dos cônjuges. Por isso, entende que no regime de separação deve estender-se a responsabilidade subsidiária a todas as *cargas del matrimonio*, ou seja, a todas as despesas, mesmo extraordinárias, desde que não excessivas face ao nível de vida familiar. Também contra, Victorio Magariños Blanco, *ob. e loc. cit.*, p. 197, para quem, apesar de se referir a despesas *ordinárias*, o art. 1440.º do Cód. Civil espanhol deve também incluir alguns gastos extraordinários como os previstos no art. 156.º do Cód. Civil espanhol, relativamente a situações de urgente necessidade, ou no art. 1893.º do Cód. Civil espanhol, quanto aos gastos necessários a evitar um prejuízo iminente e manifesto.

cônjuge contraente e subsidiária do outro cônjuge, dado não haver no regime de separação um património comum e a lei não se referir aos bens adquiridos em compropriedade pelos cônjuges)⁶³¹, e entre os cônjuges a repartição da responsabilidade pela dívida deve repartir-se, nos termos do art. 1438.º do Cód. Civil espanhol (idêntico ao art. 214.º e, no regime de separação, ao art. 1537.º, ambos do Cód. Civil francês), e na falta de acordo, na proporção dos recursos económicos de cada cônjuge para a contribuição dos encargos familiares⁶³². Se foi o património próprio de um dos cônjuges que suportou a dívida integralmente terá direito de regresso contra o outro pela parte que lhe corresponda⁶³³.

⁶³¹ Idêntico regime prevê o art. 220.º do Cód. Civil francês (ainda que com responsabilidade solidária dos cônjuges), o art. 143.º, 3.º, do Cód. Civil italiano, e § 1357.º do BGB.

V., Victorio Magariños Blanco, “Cambio de regimen economico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores”, 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. 196, nota 87, M.ª Dolores Díaz-Ambrona Bardají/Francisco Hernández Gil, *ob. cit.*, p. 254, e M.ª Pilar Alvarez Olalla, *ob. cit.*, p. 170.

Pode questionar-se se a dívida contraída não por um mas por ambos os cônjuges, para ocorrer às necessidades familiares, será solidária ou conjunta. Adoptando o critério legal geral de que a solidariedade é regime excepcional e só existe se a lei a determinar (embora favorecesse melhor o credor), deve considerar-se que a responsabilidade dos cônjuges é conjunta, podendo o credor exigir metade da dívida, salvo pacto em contrário, a cada um. V., B. Ribera Blanes, *ob.cit.*, pp. 88 e 89. Contra, Victorio Magariños Blanco, *ob. e loc. cit.*, p. 196, para quem a responsabilidade pelas dívidas contraídas no exercício do poder doméstico, mesmo por apenas um dos cônjuges, é subsidiária mas solidária, ou seja, o cônjuge não devedor responde com os seus bens próprios, se o outro não tiver bens, pelo montante total da dívida. M.ª Pilar Alvarez Olalla, *ob. cit.*, p. 175, considera que a responsabilidade é, por regra no regime de separação, subsidiária e não solidária. Abre uma excepção no caso de ambos contraírem a dívida, situação em que esta será solidária.

⁶³² De entre as dívidas que constituem “*cargas del matrimonio*” e que os cônjuges participam em proporção com os seus recursos (rendas e frutos dos bens e demais rendimentos provenientes da sua actividade e também as rendas e frutos que habitualmente os bens produziram apesar de estarem improdutivos, bem como o trabalho doméstico), nos termos do art. 1438.º do Cód. Civil espanhol, umas podem ser imediatamente exigidas pelos credores nos termos dos arts. 1319.º e 1440.º do Cód. Civil espanhol (as relativas ao sustento da família) e outras apenas serão objecto das relações internas entre os cônjuges e de eventuais reembolsos entre eles. V., A. López/V.L. Montés/E. Roca, *et alii*, *ob. cit.*, p. 263.

Sobre a possibilidade de, por acordo, os cônjuges fixarem a contribuição para as *cargas del matrimonio*, v., B. Ribera Blanes, *La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004, pp. 52 e segs., analisando, em particular, a validade duvidosa para a doutrina de alguns desses pactos como os de exoneração de um dos cônjuges do dever de contribuição (cuja validade o autor afasta, dado que nenhum acordo pode fazer desaparecer a obrigação de contribuir para os encargos do casamento, sob pena de violar normas imperativas – os arts. 1318.º e 1438.º do Cód. Civil espanhol). Quanto à forma a adoptar para tal acordo, questão também discutida na doutrina, o autor (p. 67) considera que, dado a lei não vir exigir nenhuma forma especial (p. ex., em convenção matrimonial) vale o princípio da liberdade de forma, podendo mesmo os cônjuges determinar a contribuição para as *cargas del matrimonio* de forma expressa ou tácita. O problema que se pode colocar, se o acordo é feito oralmente ou é implícito, é ao nível da prova, podendo o cônjuge que o pretende invocar encontrar certas dificuldades nesse sentido. Além disso, só os acordos previstos em convenções matrimoniais podem ter efeitos face a terceiros, pois só dessa forma estes têm conhecimento daqueles, dado estar sujeito a escritura pública e registo, nos termos dos arts. 1327.º e 1333.º do Cód. Civil espanhol (pp. 79 e 80).

⁶³³ A contribuição dos cônjuges para os encargos da vida matrimonial é uma obrigação dos cônjuges qualquer que seja o regime matrimonial (art. 1318.º do Cód. Civil espanhol). Sobre o art. 1438.º do Cód. Civil espanhol, v., M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob.*

O ordenamento jurídico espanhol prevê ainda, nos arts. 1411.º a 1434.º do Cód. Civil espanhol, o regime de *participación*, idêntico ao existente nos ordenamentos jurídicos francês e alemão. Assim, aplicando-se o regime de separação de bens no decurso do casamento, não existem nem bens comuns nem dívidas comuns, sendo as dívidas próprias do cônjuge que as contraiu, salvo as relativas ao sustento da família, nos termos gerais do art. 1318.º do Cód. Civil espanhol (cfr. o art. 1413.º do Cód. Civil espanhol que remete para as normas reguladoras do regime de separação de bens)⁶³⁴.

Quanto ao regime de separação no direito alemão, só o § 1414.º do BGB dispõe que uma vez afastado ou dissolvido o regime legal, antes ou depois do casamento, é a separação de bens que passa a vigorar, salvo se outra coisa resultar da convenção matrimonial. O mesmo acontece se foi excluída a participação nos adquiridos (no regime da *Zugewinnngemeinschaft*) ou a compensação de pensões⁶³⁵. Portanto, a separação de bens pode decorrer da lei (p. ex., §§ 1388.º ou 1449.º, 1.º, do BGB) ou ser acordada pelos cônjuges em convenção matrimonial (§ 1408.º do BGB). Neste regime apenas existem bens próprios (e em compropriedade). De igual modo, cada um dos cônjuges é o único responsável pelas suas dívidas, salvo se se tratar de ocorrer às necessidades familiares, dívidas pelas quais ambos os cônjuges respondem nos termos do § 1357.º do BGB, ou se ambos se obrigaram pela dívida, nos termos gerais.

Por regra, no direito alemão, no regime de comunhão, pelas dívidas contraídas pelos cônjuges respondem os bens comuns, sendo dívidas da comunhão (*Gesamtgutsverbindlichkeiten*). A regra é a da responsabilidade dos bens comuns, e do cônjuge administrador ou de ambos os cônjuges administradores, pelas dívidas

cit., pp. 1932-1938, F. J. Gardezabal del Río, *ob. e loc. cit.*, pp. 361-388, Carlos Lasarte, *ob. cit.*, pp. 269-271, e L. Díez-Picazo/A. Gullón, *ob. cit.*, pp. 218 e 219.

⁶³⁴ V., M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 1817 e 1818, A. López/V.L. Montés/E. Roca, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 271 e 272, e Lledó Yagüe, *et alii*, *ob. cit.*, p. 289.

⁶³⁵ A compensações de pensões (*Versorgungsausgleich*) existente no direito alemão (§§ 1587.º e segs. do BGB) em caso de divórcio visa a compensação entre os cônjuges do valor das expectativas, perspectivas e direitos à pensão de reforma e de incapacidade profissional ou laboral, adquiridos durante o casamento. Subjacente ao instituto da *Versorgungsausgleich* está, por um lado, o princípio segundo o qual na compensação patrimonial que se segue ao divórcio deve ser incluído o direito, em formação, à pensão de reforma, dado que ele decorre da *Lebensleistung* (“prestação de vida”) recíproca dos cônjuges ou da responsabilidade e solidariedade conjugais; e, por outro lado, o pensamento relativo à criação de uma segurança social própria para a mulher divorciada. Ao cônjuge com direitos de valor inferior cabe, a título de compensação, metade da diferença resultante do confronto do valor das expectativas, perspectivas e direitos à pensão de reforma e de incapacidade profissional ou laboral, adquiridos durante o casamento por cada um dos cônjuges, seguindo-se, portanto, a ideia que preside à *Zugewinnausgleich* (v., M.ª João Romão Carreiro Vaz Tomé, *O direito à pensão de reforma enquanto bem comum do casal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, pp. 111-118).

contraídas pelos cônjuges (no decurso da comunhão)⁶³⁶. Porém, há certas dívidas pelas quais o património comum não responde (§§ 1438.º a 1440.º e §§ 1460.º a 1462.º do BGB). Desde que não excluídas por tais normas, as dívidas responsabilizam o património comum e o cônjuge administrador ou, no caso de administração conjunta, ambos os cônjuges.

Portanto, o património comum responde pelas dívidas contraídas pelo cônjuge administrador e, salvo se outra coisa decorrer dos §§ 1438.º a 1440.º do BGB (ou §§ 1460.º a 1462.º do BGB, no caso de administração conjunta), pelas contraídas pelo cônjuge não administrador, no caso de administração singular, ou por ambos os cônjuges, no caso de administração conjunta (§§ 1437.º e 1459.º do BGB - *Gesamtgutsverbindlichkeiten; persönliche Haftung*). Há, porém, certas dívidas contraídas pelo cônjuge não administrador (na administração singular - §§ 1438.º a 1440.º do BGB) ou por ambos os cônjuges (na administração conjunta - §§ 1460.º a 1462.º do BGB) que não são dívidas comuns, não respondendo por elas os bens comuns (nem solidariamente os bens próprios do cônjuge administrador, na administração singular, ou de ambos os cônjuges, na administração conjunta). Verificando-se uma das exceções referidas o credor não pode executar os bens comuns, mas apenas os bens próprios e reservados do cônjuge (não administrador ou, na administração conjunta, qualquer um dos cônjuges).

De referir que o cônjuge administrador, no caso de dívidas contraídas pelo outro que responsabilizam o património comum, é também responsável solidariamente pelas mesmas com os seus bens próprios (cfr. o § 1437.º, 2.º, do BGB). Por outro lado, no caso de administração por ambos os cônjuges, cada um deles será responsável pelas dívidas contraídas pelo outro, como devedor solidário (cfr. o § 1459.º do BGB)⁶³⁷, e se nas relações internas a dívida deve ser da responsabilidade de um dos cônjuges, a

⁶³⁶ Com efeito, as dívidas contraídas, mesmo pelo cônjuge não administrador, responsabilizam os bens comuns. V., Staudinger, *ob. cit.*, §§ 1363.º-1563.º, Vorbem zu §§ 1437-1440 Rdn. 8, p. 546 e § 1437 Rdn. 7 e 8, p. 552. Por outro lado, e sem prejuízo da regulamentação nas relações internas, as obrigações legais do cônjuge não administrador ou de ambos os cônjuges (p. ex., a obrigação de alimentos ou de reparar os danos) não se incluem nas exceções aos §§ 1437.º e 1459.º do BGB, pelo que são também dívidas da responsabilidade dos bens comuns (Dieter Giesen, *ob. cit.*, p. 180, e Schlüter, *BGB – Familienrecht*, 11.ª ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2005, p. 116).

⁶³⁷ Pode acontecer que pelo pagamento de uma dívida que incumbe definitivamente ao património comum tenham respondido bens próprios de um dos cônjuges ou que pelo pagamento de uma dívida que em definitivo onera o património próprio de um dos cônjuges tenham respondido bens comuns. V., Beitzke/Lüderitz, *ob. cit.*, pp. 160 e 161, e Lüderitz/Dethloff, *ob. cit.*, p. 134. A propósito do regime da comunhão de bens, MünchKomm - *Kanzleiter*, § 1416 Rdn. 16, p. 595, nota que a existência de diferentes massas de bens (*Gesamtgut* e *Sonder und Vorbehaltsgüt*) pode originar complicações, na medida em que se verificam, necessariamente, relações entre elas, implicando as compensações previstas nos §§ 1445.º e 1467.º do BGB.

obrigação de pagamento do outro desaparece com o fim da comunhão. É a contrapartida pelos poderes de administração atribuídos ao cônjuge ou aos cônjuges. De facto, dado o amplo poder de administração e disposição sobre os bens comuns detido pelo cônjuge administrador, este podia usar tal poder com vista ao pagamento das suas dívidas, deixando por pagar as do outro cônjuge⁶³⁸.

Repare-se, porém, e regressando ao nosso ordenamento jurídico, que aquela autonomia patrimonial dos cônjuges casados em separação de bens acaba por ser afectada em virtude da própria comunhão de vida que o casamento implica. Pense-se, nomeadamente, no âmbito do Direito Bancário, a existência de contas bancárias solidárias e conjuntas e a promiscuidade patrimonial daí resultante. Em todo o caso, o escopo do legislador, ao redigir o n.º 2 do art. 1695.º, foi traduzir a independência e autonomia patrimoniais patentes no regime de separação de bens.

Por outro lado, e mesmo no regime supletivo de comunhão legal, é frequente na prática contratual a adopção de certas medidas, protectoras de terceiros contraentes, que implicam o abandono do regime legal da responsabilidade por dívidas, e passam por uma responsabilidade solidária de ambos os cônjuges pela dívida contraída (sobretudo, em operações bancárias)^{639 640}.

A existência de obrigações solidárias assumidas pelos cônjuges perante o Banco, em qualquer regime de bens, pode levantar ainda a questão de saber se será possível um dos cônjuges assumir integralmente a dívida solidária contraída antes do casamento, mas com vista ao mesmo, já que se destinou à aquisição da casa de morada da família, ainda no decurso do casamento. Ou seja, um dos cônjuges cederia a sua posição contratual ao outro no decurso do casamento (p. ex., se um cônjuge começou a exercer uma actividade financeira de alto risco e os cônjuges querem proteger o património familiar da responsabilidade solidária, ou estão em início de processo de divórcio e um dos cônjuges pretende que o outro assumira a integralidade da dívida como garantia para a

⁶³⁸ Schlüter, *ob. cit.*, pp. 116 e 117.

⁶³⁹ V., A. Galasso, *ob. e loc. cit.*, pp. 384-387. De facto, os Bancos exigem, muitas vezes, a responsabilização pessoal de ambos os cônjuges ou de um e a garantia de outro, para dessa forma executar, sendo a dívida comum, não só os bens comuns mas também os patrimónios próprios dos cônjuges (v., Francesca Guccione, “Spunti in tema di comunione legale e responsabilità patrimoniale dei coniugi verso gli istituti di credito”, *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, ano XII, 1983, pp. 784 e 785).

⁶⁴⁰ Portanto, no direito italiano, o principal problema, e que divide a doutrina e a jurisprudência, passa por considerar os arts. 186.º a 190.º do Cód. Civil italiano, como normas especiais que afastam o regime geral, ou como normas que devem articular-se com os arts. 2740.º e 2741.º do Cód. Civil italiano (jurisprudência). Em todo o caso, mesmo os autores que consideram que os arts. 186.º a 190.º do Cód. Civil italiano são normas próprias e únicas a aplicar ao regime matrimonial, não deixam de admitir a possibilidade de articular, p. ex., o art. 189.º com o art. 2740.º, ambos do Cód. Civil italiano. V., Gabrielli/Cubeddu, *ob. cit.*, pp. 156 e 168.

concessão do mesmo divórcio, etc.), com assunção da respectiva dívida por este último. Quanto à validade de tal contrato, e partindo da concepção restrita do princípio da imutabilidade, e não estando tal contrato previsto no art. 1714.º, não nos repugna aceitar, por si, a realização de um contrato de cessão de créditos entre os cônjuges, desde que regulador das suas relações internas⁶⁴¹. Não podem os credores ser afectados com tal situação. Mas, assumindo que o Banco estaria disposto a aceitar a referida cessão (o que não será, obviamente, provável, se o cônjuge que assume integralmente a dívida não apresentar garantias adicionais), podem os cônjuges transferir a dívida para um deles, respondendo este pela totalidade da dívida e desonerando o outro cônjuge, ainda que se mantenham ambos como comproprietários do bem (assumindo que o bem

⁶⁴¹ A cessão “é um contrato de *causa* variável, podendo ter por base um contrato de compra e venda, de doação, uma dação em cumprimento, etc.” (Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil...*, cit., vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1987, p. 403). Portanto, não sendo um negócio abstracto, pode traduzir uma compra e venda, mas o n.º 2 do art. 1714.º é taxativo ao referir o contrato de compra e venda, reportando-se às regras dos arts. 874.º e segs., e não outros contratos. Aliás, a lei permite a dação em cumprimento que facilmente se pode confundir com uma venda e, como tal, arrastada pela proibição do n.º 2 do art. 1714.º. A referência ao contrato de compra e venda é em termos restritos e limitados ao contrato regulado nos arts. 874.º e segs. Como referem Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil...*, cit., vol. IV, p. 400, a existência objectiva da dívida, que a dação visa solver, bem como o relativo equilíbrio de valores entre a prestação em dívida e a atribuição efectuada, bastam para afastar o espectro da suspeição, que está na raiz da nulidade da venda entre casados.

O n.º 2 do art. 1714.º supõe que o contrato celebrado entre os cônjuges seja uma verdadeira venda (Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 507 e pp. 534 e 535). A cessão, podendo traduzir uma venda, ou uma doação, ou uma permuta, ou uma dação em cumprimento..., não é uma venda, uma doação, ou uma permuta, ou uma dação em cumprimento, mas uma cessão. O facto de a cessão poder ter como negócio base uma venda, não quer isso dizer que se deverá estender a proibição do contrato de compra e venda entre cônjuges à cessão. É que uma coisa é a aplicação das normas do contrato de compra e venda e outra coisa, completamente diferente, é estender a proibição da compra e venda a esse contrato. Por isso, se a cessão implicar uma venda de pais a filhos, sem consentimento dos outros filhos, a cessão será anulável (art. 877.º). E isto por aplicação das regras do contrato de compra e venda. Se a cessão for entre cônjuges, e por aplicação das regras da compra e venda, nada aí consta que invalide esta cessão. A sua nulidade só resultaria da aplicação não das normas do contrato de compra e venda, mas de uma aplicação da proibição do contrato de compra e venda entre cônjuges, nos termos do art. 1714.º (o que excluimos). No mesmo sentido, v., Guilherme de Oliveira, “Sobre o contrato-promessa de partilha dos bens comuns – anotação ao ac. da RC, de 28 de Novembro de 1995”, *RLJ*, ano 129.º, 1996/1997, p. 281 e nota 5, ao referir que, a propósito do contrato-promessa de partilha, a proibição da compra e venda entre cônjuges deveria, por interpretação extensiva do art. 1714.º, n.º 2, alargar-se a todos os negócios onerosos que impliquem uma transmissão do domínio. Porém, mostra-se apreensivo quanto ao alargamento da proibição fundar-se no art. 939.º do Cód. Civil, que manda aplicar as regras da compra e venda aos outros negócios onerosos. “Na verdade, aqui trata-se de aplicar o art. 1714.º, n.º 2, aos outros negócios onerosos; mas esta norma não é bem “uma norma da compra e venda” – é uma norma do direito patrimonial da Família, ou dos regimes de bens”. Além disso, o art. 1714.º, n.º 2, é uma norma que limita o princípio da liberdade contratual e, como tal, excepcional. Defendendo a concepção restrita do princípio da imutabilidade, qualquer proibição de contratos entre cônjuges deverá estar consagrada na lei, como o faz o art. 1714.º, n.º 2, o que não acontece com a cessão. Afirmando a validade dos contratos entre cônjuges cuja proibição não resulte da lei, v., Jean Hémard, *loc. cit.*, pp. 677 e 678.

Em todo o caso, mesmo que pelo contrato de cessão de créditos um cônjuge assumia a posição de devedor do outro cônjuge não está em causa a transmissão de bens, dado que apenas as dívidas se transmitem e não o bem. Se a cessão implicasse também a transmissão da propriedade do bem, não seria, contudo, e como já vimos, por ter como negócio base uma venda, que se deverá estender a proibição do contrato de compra e venda entre cônjuges à cessão. É que uma coisa é a aplicação das normas do contrato de compra e venda e outra coisa, completamente diferente, é estender a proibição da compra e venda ao contrato de cessão.

foi adquirido por ambos, por recurso ao referido empréstimo bancário, antes do casamento, salvo se casados no regime de comunhão geral em que o bem será comum). Trata-se, portanto, de transmissão de dívidas e não de bens. A proibição da cessão por imposição do princípio da imutabilidade só poderia estar consagrada no n.º 1 do art. 1714.º. Todavia, ao celebrarem a cessão os cônjuges nem alteram, neste caso, a titularidade do bem nem as regras que valem acerca da propriedade dos bens, no decurso do casamento, nem modificam as normas aplicáveis ao regime de bens vigente, ou seja, não se alteram os critérios pelos quais resulta a qualificação de um bem como próprio de um ou do outro cônjuge, ou comum. A razão subjacente à qual se poderia negar a validade da cessão entre cônjuges só poderia decorrer da necessidade de assegurar o equilíbrio patrimonial entre os cônjuges, evitando, no decurso da comunhão, o enriquecimento de um dos cônjuges (o que assume integralmente a dívida) à custa do outro. Ora, tal equilíbrio entre as massas patrimoniais próprias dos cônjuges tanto pode ser afectado se a cessão integrar uma venda, como se integrar uma doação ou qualquer outro negócio translativo. Aliás, se o objectivo da proibição é assegurar o equilíbrio patrimonial entre os cônjuges esse é afectado mais notoriamente na doação, ainda que livremente revogável, onde não há qualquer contrapartida. E, de facto, se um cônjuge passa a assumir integralmente uma dívida para um bem que é de ambos há aqui um espírito de liberalidade daquele cônjuge.

Importa ainda acrescentar que há todo o interesse em considerar válida a cessão. A referida cessão da posição contratual entre cônjuges apresenta vantagens se o seu objectivo for precaver os riscos inerentes a uma actividade de alto risco financeiro que um dos cônjuges passou a exercer. Não sendo possível alterar o regime de bens, mantendo-se o princípio da imutabilidade, permitir-se-ia, prevenir riscos acrescidos (essencialmente para o credor)⁶⁴².

Contudo, não obstante a validade do referido contrato (e desde que haja aceitação por parte do Banco), não podemos esquecer que, apesar de se tratar de uma dívida que ambos contraíram solidariamente perante o Banco, e, por isso, regendo as regras do Direito Bancário, deve continuar a aplicar-se as regras do regime matrimonial de responsabilidade por dívidas do casal. Ou seja, mesmo que um dos cônjuges assuma

⁶⁴² Pelo menos aparentemente, como veremos, dado que, continuando a aplicar-se o regime da responsabilidade por dívidas e estando os cônjuges casados no regime de comunhão, a dívida continuaria a ser da responsabilidade solidária dos cônjuges (art. 1695.º, n.º 1), ainda que aqui o credor teria de provar a comunicabilidade da mesma dívida para tal (o que não precisa no caso de a responsabilidade solidária decorrer do contrato de empréstimo bancário). As vantagens manifestam-se mais no regime de separação onde a responsabilidade dos cônjuges passará a ser conjunta (art. 1695.º, n.º 2).

integralmente a dívida, deixando a responsabilidade de ser solidária perante o Banco de acordo com o contrato de empréstimo bancário, a dívida continua a ser comum e da responsabilidade do património comum e dos cônjuges. De facto, sendo uma dívida contraída por ambos antes do casamento e com vista ao mesmo (para aquisição da casa de morada da família) a dívida sempre será comum, de acordo com o art. 1691.º, n.º 1, al. a). Por ela responde, e nos regimes de comunhão, o património comum e solidariamente ambos os cônjuges e o património próprio de cada um dos cônjuges conjuntamente, no regime de separação (art. 1695.º, n.ºs 1 e 2). Portanto, para o Banco a única diferença será a da necessidade de demonstrar a comunicabilidade da dívida para efeitos da referida responsabilidade solidária, nos regimes de comunhão, e a diminuição do âmbito de responsabilidade, que deixará de ser solidária para ser conjunta, no regime de separação (ainda que o Banco possa extinguir a totalidade do património do cônjuge que assume a dívida o que, aparentemente pela letra do art. 1695.º, n.º 2, não poderia)⁶⁴³.

Por outro lado, e do ponto de vista dos cônjuges, um dos cônjuges passará a assumir integralmente uma dívida, que é comum, em benefício do outro cônjuge que continua a ser proprietário do bem (nos regimes de comunhão de adquiridos ou de separação). A situação não é vantajosa para nenhum dos cônjuges. De facto, o que assume a dívida estará a enriquecer o património do seu cônjuge (que continua titular do bem, seja como comproprietário seja como titular do património comum) e este poderá na mesma ter que responder, para além dos bens comuns, pela referida dívida (solidária ou conjuntamente) se a entidade bancária provar a sua comunicabilidade (o que não será difícil). E enquanto que o cônjuge que assume integralmente a dívida pode sempre, no momento da liquidação e partilha, exigir uma compensação se pagou a referida dívida (que é comum) com valores próprios⁶⁴⁴, o outro cônjuge nada pode fazer se pagar a mesma nos termos das regras da responsabilidade por dívidas do casal.

Por tudo isto, a osmose patrimonial provocada pela comunhão de vida entre os cônjuges é agravada com a existência das contas bancárias solidárias. É talvez uma das

⁶⁴³ Por isso, não têm os Bancos qualquer interesse em aceitar a referida cessão da posição contratual entre os cônjuges.

⁶⁴⁴ Ainda que perante o Banco surja como único devedor, não podemos esquecer as regras do direito matrimonial e a necessidade de restaurar possíveis desequilíbrios patrimoniais. De facto, se a dívida é comum e foi o cônjuge, único devedor perante o Banco, que a pagou com valores próprios deve haver uma compensação àquele cônjuge. Pela mesma razão, o outro cônjuge não pode pretender que o cônjuge devedor perante o Banco compense o património comum se utilizou valores comuns (p. ex., o seu salário, se casado em regime de comunhão) para o pagamento da dívida, pois esta é da responsabilidade comum.

matérias negligenciadas pela lei e que não seria desaconselhável estabelecer algumas regras especiais reguladoras de tal matéria.

2.4.2. Dívidas da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges (art. 1696.º do Cód. Civil)

Por sua vez, o art. 1696.º (que corresponde, fundamentalmente, ao § 1.º do art. 1114.º do Cód. Civil de 1867, e ao art. 12.º, § 3.º, do anteprojecto de Pires de Lima e art. 16.º do anteprojecto de Braga da Cruz) determina os bens que respondem pelas dívidas da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges, válido para todos os regimes de bens, embora especialmente apontado, num dos seus (antigos) traços essenciais, para os regimes de comunhão. Por essas dívidas respondem, em primeiro lugar, os bens próprios do cônjuge devedor e só subsidiariamente a sua meação nos bens comuns, mantendo-se quer na redacção de 1966, quer com a Reforma de 1977, a moratória já estabelecida no § 1.º do art. 1114.º do Cód. de Seabra, quanto à execução dessa meação, em homenagem à afectação dos bens comuns à satisfação das necessidades comuns do casal, tendo o credor que aguardar pela cessação da moratória.

O art. 1114.º, § 1.º, do código citado referia, apenas, como termo da moratória, a dissolução do matrimónio e a separação de bens entre os cônjuges. O Cód. Civil de 1966 incluiu, ao lado da dissolução, a declaração de nulidade e a anulação do casamento cujos efeitos são, para este fim, equiparáveis; e ao lado da separação de bens, para deixar bem clara a ideia de que toda e qualquer separação de bens interrompe a moratória, incluiu a separação judicial de pessoas e bens.

Havia, porém, excepções à moratória. Desde logo, as previstas no n.º 2 do art. 1696.º, em atenção à natureza dos bens e, por isso, respondiam esses bens ao mesmo tempo que os bens próprios do cônjuge devedor, e no n.º 3 do mesmo artigo, atendendo à índole da fonte de onde a dívida provinha.

A Reforma de 1977, em comparação com a redacção originária, introduziu uma maior amplitude no n.º 2⁶⁴⁵, visivelmente em ligação com os casos em que o art. 1678.º, n.º 2, confia a administração dos bens comuns ao cônjuge por cuja mão esses bens

⁶⁴⁵ Art. 1696.º, n.º 2 (redacção de 66): “Respondem, todavia, ao mesmo tempo que os bens próprios do cônjuge devedor: a) Os bens que eram exclusiva propriedade sua no momento em que a dívida foi contraída; b) Os móveis comuns de que ele podia dispor, por si só, no momento em que contraiu a dívida (...)”. Cfr. Braga da Cruz, “Capacidade patrimonial dos cônjuges...”, *loc. cit.*, pp. 407-409.

ingressaram no património do casal⁶⁴⁶. Os bens previstos no n.º 2 respondem *ao mesmo tempo* que os bens próprios do cônjuge devedor, e respondem integralmente pelo cumprimento das dívidas de que trata o art. 1696.º, não havendo apenas responsabilidade da meação que neles tenha o cônjuge devedor, sem prejuízo de eventuais compensações nos termos do n.º 2 do art. 1697.º. A lei sacrificou, neste caso, o património comum do casal em favor das expectativas do credor, que confiara na solvabilidade do devedor, tendo em conta os bens que ele levava para o casamento, os que adquirira mais tarde por herança ou doação ou os proveitos que auferia provenientes do seu trabalho ou de direitos de autor⁶⁴⁷.

O n.º 2 do art. 1696.º dispõe que esses bens respondem ao mesmo tempo que os bens próprios do cônjuge devedor. Significa, portanto, que o credor poderá no requerimento executivo requerer a penhora dos bens próprios do devedor e desses bens comuns. Mas se os bens próprios forem suficientes não faz sentido sujeitar os bens comuns à penhora. Por isso, apesar de não se tratar da subsidiariedade prevista no n.º 1 do art. 1696.º para a meação do cônjuge devedor nos bens comuns, esta responsabilidade dos bens comuns previstos no n.º 2 do mesmo artigo não deixa de ser subsidiária, entrando num segundo nível⁶⁴⁸. O facto de se referir que estes últimos não estão sujeitos à subsidiariedade do n.º 1 do art. 1696.º apenas significa que pode requerer-se imediatamente a sua penhora juntamente com os bens próprios, mas não necessariamente que respondem como os próprios.

Por um lado, respondem juntamente com os bens próprios, sem necessidade de citação do outro cônjuge, para efeitos do art. 825.º do Cód. de Processo Civil, e eventual

⁶⁴⁶ M.ª Leonor Beza, “Os efeitos do casamento”, *ob. e loc. cit.*, p. 134, fala a este propósito também na intenção da lei em salvaguardar as legítimas expectativas dos credores. De facto, pode acontecer que os bens referidos no n.º 2 do art. 1696.º, tal como até os bens próprios do cônjuge devedor (n.º 1), sejam administrados pelo cônjuge não devedor [como instrumento de trabalho (art. 1678.º, n.º 2, al. e)), ou se existir mandato (art. 1678.º, n.º 2, al. g)) ou nos termos da al. f) do n.º 2 do art. 1678.º] e nem por isso deixam de responder pela dívida.

⁶⁴⁷ Discute-se no ordenamento jurídico espanhol se o credor pode penhorar dinheiro ou outros valores que se encontrem em nome do devedor ou na sua posse, dado estarem na livre disponibilidade do cônjuge (art. 1384.º do Cód. Civil espanhol). Entende M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 1746 e 1747, que, para protecção dos credores, deve admitir-se que estes penhorem tais bens como próprios do devedor (dado assim surgirem aos olhos dos terceiros). Contra, v., Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida, *et alii*, *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Familia*, *cit.*, p. 318, e *Elementos de Derecho Civil. Familia*, *cit.*, p. 213 (considerando que o art. 1384.º do Cód. Civil espanhol, como excepção ao art. 1375.º do mesmo código, não deve ser objecto de interpretação ampla).

⁶⁴⁸ Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 467, entendem não haver motivo para respeitar a subsidiariedade que a lei prevê para o n.º 1. De igual modo, v., Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil...*, *cit.*, vol. IV, p. 350. Mas não é a esta subsidiariedade do n.º 1 que nos referimos. Seguindo o nosso entendimento, v., Bruno de Filippis, *ob. cit.*, p. 311, ao dizer que o art. 211.º do Cód. Civil italiano não refere a subsidiariedade do art. 189.º do mesmo código, mas esta deve considerar-se implícita, não sendo possível agredir os bens comuns se o cônjuge devedor possuir bens pessoais suficientes para o pagamento ao credor.

separação de bens, necessária para execução da meação do cônjuge devedor nos bens comuns, como dispõe o art. 1696.º, n.º 1⁶⁴⁹.

Por outro lado, não há aqui que ter em consideração a meação do devedor nos bens comuns, ou seja, os bens do n.º 2 do art. 1696.º respondem integralmente. E, por isso, podem responder ao mesmo tempo que os bens próprios do cônjuge devedor, o que não acontece com os restantes bens comuns, na medida em que é apenas a meação do devedor nesses bens que está em causa (exigindo-se aí, dada a natureza jurídica da comunhão, a liquidação e partilha do regime de bens).

Na execução para pagamento de uma dívida própria, a penhora há-de recair primeiramente sobre os bens próprios do cônjuge devedor. Só se estes não existirem ou o seu valor não for suficiente para pagamento da dívida, é que o credor pode penhorar também os bens comuns previstos no n.º 2 do art. 1696.º, ainda que possa requerer imediatamente e conjuntamente com os bens próprios a penhora dos referidos bens comuns. Tais bens não deixam de ser comuns e, por isso, se eles responderem por uma dívida própria, haverá uma compensação ao património comum. O que nos leva a entender que se os bens próprios forem suficientes não pode o credor exigir a penhora daqueles bens comuns para satisfazer o seu crédito (podendo até agir por mero capricho). É evidente que existência de uma compensação implicará já um relacionamento entre o património próprio do cônjuge devedor e o património comum que não afecta a relação com os credores. E a possibilidade desses bens responderem ao mesmo tempo que os bens próprios do cônjuge devedor representa uma garantia aos credores (com esses bens comuns conseguirão fazer face à insuficiência dos bens próprios). Mas se a dívida é própria e existem bens próprios suficientes para a suportar, a garantia dos credores já é assegurada com esses bens sem necessidade de afectar os bens comuns. Além do mais, o n.º 2 do art. 1696.º não terá visado em primeira linha a protecção dos credores, mas a compatibilização com os poderes administrativos, previstos no art. 1678.º. Mais uma razão para se atender às relações internas entre os diferentes patrimónios existentes nos regimes de comunhão e, sempre que possível,

⁶⁴⁹ Apesar de não concordarmos com a solução proposta, dado no regime previsto no art. 1696.º, n.º 2, os bens responderem integralmente pela dívida, e não haver afectação da meação, o ac. do STJ, de 10.02.1994 (*BMJ*, n.º 434.º, 1994, p. 569), exigindo, mesmo nestes casos, a citação do outro cônjuge para efeitos do art. 825.º do Cód. de Processo Civil, sufraga o nosso entendimento de que os bens do n.º 2 do art. 1696.º, apesar de responderem ao mesmo tempo que os bens próprios do cônjuge devedor, devem responder depois destes bens e apenas se estes não existirem ou forem insuficientes para o pagamento da dívida. De facto, se se vem exigir a citação, nos termos do art. 825.º do Cód. de Processo Civil, é porque a situação assume contornos diferentes da situação prevista no n.º 1 do art. 1696.º, isto é, não se exige a citação no caso da penhora dos bens próprios do cônjuge devedor e só no caso de serem afectados os bens comuns.

evitar que uma dívida de um património seja paga com bens de outro património, sob pena de surgir uma compensação nos termos do art. 1697.º.

Repare-se ainda que a redacção do n.º 2 do artigo em causa deve articular-se com o seu n.º 1, ainda antes da eliminação da moratória, ou seja, os bens do n.º 2 respondiam ao mesmo tempo que os bens próprios do cônjuge devedor sem estarem sujeitos à moratória então presente no n.º 1. Por isso, a lei refere *ao mesmo tempo*, isto é, sem moratória. Não havendo moratória, todos os bens comuns respondem subsidiariamente na falta ou insuficiência dos bens próprios do cônjuge devedor, só que uns respondem integralmente e pode requerer-se a sua penhora imediatamente (os previstos no n.º 2) e outros só entram em relação à meação do cônjuge devedor e torna-se necessário observar o art. 825.º do Cód. de Processo Civil.

O facto de os bens comuns serem, nesses casos, executados conjuntamente com os bens próprios do cônjuge devedor, por dívidas da exclusiva responsabilidade deste, não faz, como já referimos, com que deixem de ser bens comuns. O n.º 2 do art. 1696.º não refere que tais bens respondem como se fossem próprios, mas sim ao mesmo tempo que os bens próprios do devedor. Haverá, assim, um pagamento de dívidas próprias com bens comuns e, conseqüentemente, um prejuízo do outro cônjuge que terá de ser compensado no momento da partilha do casal. Acrescente-se que os bens deste n.º 2 respondem, como já dissemos, integralmente, ou seja, podem ser executados na sua totalidade, ao passo que no n.º 1 daquele artigo os bens comuns só respondem dentro da meação do cônjuge devedor⁶⁵⁰.

Como referimos, o n.º 2 do art. 1696.º sofreu, com a Reforma de 1977, uma ampliação no seu conteúdo. Na versão original de 1966 e, ainda que com outra redacção, depois da Reforma de 1977, a al. a) do artigo mencionado aborda o caso de vigorar o regime da comunhão geral de bens e um dos cônjuges ter levado para o casal dívidas incomunicáveis. Esta situação era, no Cód. de Seabra, contemplada no art. 1112.º que determinava que tais dívidas seriam pagas pelos bens trazidos para o casal pelo devedor, fossem bens incomunicáveis ou comunicáveis.

Permitia-se, dessa forma, que dívidas próprias fossem pagas com bens comuns, com fundamento em que tais bens eram próprios do cônjuge devedor no momento em que a

⁶⁵⁰ De referir ainda que, até ao Dec.-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, existindo a moratória, o outro cônjuge poderia opor-se a que os bens comuns respondessem nos termos do n.º 1 do art. 1696.º, invocando a moratória aí existente, ou requerendo a separação judicial de bens (nos casos admitidos por lei) ou ainda embargando a penhora dos bens comuns no que ela excedesse o valor provável da meação do devedor (se, neste caso, não tivesse havido moratória nem separação judicial de bens).

dívida foi contraída, não se atribuindo expressamente qualquer compensação ao outro cônjuge. Não se atendia ao facto de tais bens, sendo comuns após o casamento, serem também do outro cônjuge, considerando tais bens como se não se tivessem comunicado, pelo facto de se encontrarem onerados com dívidas próprias no momento da constituição da vida conjugal.

É certo que, nas situações previstas na al. a) do n.º 2 do art. 1696.º, os bens com que a dívida foi paga podiam pertencer apenas ao cônjuge devedor no momento em que a dívida foi contraída. Mas também é certo que esses bens se integraram no património comum, em paralelo com aqueles que, trazidos pelo outro cônjuge para o casal, comuns também se tornaram. Permitir que tais bens comuns fossem sacrificados com vista ao cumprimento de dívidas próprias do cônjuge que os trouxe para o casal, sem uma compensação, poderia considerar-se uma fraude em relação ao contributo que o outro cônjuge trouxe para o património comum. Com efeito, por força do casamento, não só se comunicaram os bens do cônjuge devedor, mas também todos os que o outro cônjuge levou para o casal, bem como se comunicarão todos os que adquirirem a qualquer título. Cada cônjuge, ao consentir na plena integração dos seus bens no património comum, fá-lo na convicção de que também os bens do outro nele sejam plenamente integrados. Deixar que esses bens sejam retirados da comunhão para o pagamento de dívidas contraídas antes do casamento será frustrar tal expectativa e prejudicar seriamente o outro cônjuge⁶⁵¹.

“É razoável que os bens que eram próprios do cônjuge devedor no momento em que se contraíu a dívida, e que depois se comunicaram, continuem a responder *integralmente* por essa dívida; mas também é justo que não se esqueça que esses bens se comunicaram correlativamente com a comunicação de bens do outro cônjuge e que, portanto, as dívidas pagas por meio deles são dívidas pagas *com bens comuns* – com bens em que o outro cônjuge é meeiro, sofrendo com isso um prejuízo em que é justo seja compensado no momento da partilha do casal”⁶⁵².

⁶⁵¹ Será provável que o cônjuge não devedor não consentisse em casar-se no regime de comunhão geral de bens, se soubesse que o seu património entraria efectivamente na comunhão, sendo metade do outro cônjuge, e que o património deste só nela entraria ficticiamente, por estar onerado com dívidas próprias anteriores. A tal não deverá opor-se o facto de aquele se dever informar previamente sobre a existência de dívidas: tal existência é, muitas vezes, fácil de ocultar. Cfr. Braga da Cruz, “Capacidade patrimonial dos cônjuges...”, *loc. cit.*, pp. 415 e 416.

⁶⁵² Braga da Cruz, “Capacidade patrimonial dos cônjuges...”, *loc. cit.*, p. 416.

A al. b) do n.º 2 do art. 1696.º, na versão original de 1966, considerava que respondiam também pelas dívidas próprias de um dos cônjuges os bens mobiliários comuns de que o devedor podia dispor por si só no momento em que contraía a dívida.

A propósito do art. 1696.º, n.º 2, al. b), foi discutido se essa alínea não concederia menos do que aquilo que o legislador visava com a disposição, já que excluía, na sua letra, os bens móveis de que o devedor, por si só, pode dispor no momento da exigência da dívida, e que podem ser mais ou diferentes daqueles de que podia dispor no momento da contracção da mesma⁶⁵³.

A responsabilização de tais bens assentava no poder de livre alienação que sobre eles o cônjuge devedor tinha. Havendo bens mobiliários comuns que podem ser livremente alienados pelo cônjuge administrador, não faria sentido que não pudessem ser executados para pagamento de dívidas desse mesmo cônjuge. Se este pode aliená-los, sem consentimento do outro cônjuge, é evidente que deve também poder onerá-los com dívidas por si exclusivamente assumidas, tanto mais que, mesmo não tendo poderes de administração e disposição, pode sempre onerar os bens por dívidas⁶⁵⁴.

⁶⁵³ A. Lopes Cardoso, *A Administração dos Bens...*, cit., p. 246.

⁶⁵⁴ Era, aliás, a doutrina já vigente no Cód. de Seabra: de que podem ser executados todos os bens que podem ser alienados. V., os ac. da RL, de 18.12.1957 (*JR*, ano 3.º, 1957, p. 956); da RP, de 22.03.1963 (*JR*, ano 9.º, 1963, p. 342); e da RC, de 16.01.1943 (*RLJ*, ano 76.º, 1943/44, p. 171); de 27.02.1945 (*RLJ*, ano 77.º, 1944/45, p. 366); e de 27.05.1952 (*BMJ*, n.º 33.º, 1952, p. 205, entendendo, contudo, que sendo o vencimento um bem comum, a penhora do mesmo, no caso de dívida incomunicável, só poderá incidir sobre o direito e acção do cônjuge ao seu vencimento). V., Pires de Lima/Braga da Cruz, *ob. cit.*, pp. 138-140. V. também, os ac. do STJ, de 28.05.1974 (*BMJ*, n.º 237.º, 1974, p. 255, e *Revista dos Tribunais*, ano 93.º, 1975, p. 86); e de 04.06.1976 (*BMJ*, n.º 258.º, 1976, p. 177, e *Revista dos Tribunais*, ano 94.º, 1976, p. 406); da RL, de 11.04.1969 (*JR*, ano 15.º, 1969, p. 321); e de 24.11.1976 (*Col. Jurisp.*, tomo III, 1976, p. 821), onde se refere que o vencimento é um bem móvel de que aquele cônjuge que o aufere pode dispor. Podendo o devedor dispor livremente dos vencimentos por si auferidos (arts. 1678.º e 1682.º), eles responderão pelas dívidas da sua exclusiva responsabilidade, ou seja, podendo ser alienados podem ser objecto de penhora em execução movida contra um dos cônjuges. Em sentido contrário, pronunciou-se, o ac. da RL, de 23.01.1974 (*BMJ*, n.º 233.º, 1974, p. 234), entendendo que a questão de saber se em execução contra o marido por dívidas próprias pode ser penhorado o seu vencimento como bem comum não pode ser resolvida exclusivamente em face do disposto no art. 1696.º, n.º 2, al. b), sendo necessário conjugar essa disposição com a do art. 1682.º, n.º 2. Assim, sendo certo que o vencimento é bem comum, para utilização de ambos os cônjuges na vida do lar, para seu sustento e outros fins, não pode ser penhorado tal vencimento (v., da mesma Relação, o ac. de 02.05.1975 (*BMJ*, n.º 248.º, 1975, p. 458), acrescentando que, “em boa técnica jurídica, não pode ser alienado por um dos cônjuges sem o consentimento do outro, nos termos da alínea b) do n.º 2 do referido artigo 1682.º”). Em resposta a este acórdão, o ac. do STJ, de 28.05.1974 (*loc. cit.*), admitiu que pode constituir objecto de dívida se os vencimentos auferidos pelos cônjuges se devam enquadrar na qualificação de “móveis” (a própria lei, no art. 1678.º do Cód. Civil de 1966, distinguia no tratamento jurídico os bens móveis, próprios de qualquer dos cônjuges ou comuns, e os proventos que a mulher recebia do seu trabalho ou indústria), mas foi claro ao expressar a recusa do entendimento de que os vencimentos possam qualificar-se como bens utilizados conjuntamente pelos cônjuges na vida do lar ou como instrumento comum de trabalho, já que a função económica do dinheiro é o gasto ou conversão em utilidades ou serviços. A proibição da alienação por parte de um dos cônjuges sem o consentimento do outro tem em vista a respectiva conservação dos bens e não é esse o caso do dinheiro. Tal como refere o ac. da RL, de 24.11.1976 (*loc. cit.*), o termo “móveis” não está utilizado no art. 1682.º no sentido de divisão das coisas, para efeitos dos arts. 204.º e 205.º, mas sim em sentido restrito de *objectos*, não abrangendo, por isso, os proventos do trabalho. A expressão *móveis utilizados conjuntamente pelos*

Pela alienação desses bens não seria devida qualquer compensação (apenas uma eventual indemnização contemplada no então art. 1681.º e prevista, depois da Reforma de 1977, no n.º 1 do mesmo art. 1681.º). Mas de tal facto não deveria inferir-se que nenhuma compensação fosse devida ao património comum pelo facto de os bens mobiliários comuns serem absorvidos no pagamento de dívidas próprias do cônjuge devedor. Como referia Braga da Cruz, a alienação de bens mobiliários comuns é normalmente um acto de mera administração e será de presumir que tais bens sejam alienados pelo cônjuge administrador para fazer face aos encargos da vida familiar ou para dar melhor colocação aos capitais que, dessa forma, consegue realizar⁶⁵⁵. Por isso se justifica que esteja dispensado de prestar qualquer compensação.

No caso de pagamento de dívidas próprias com bens mobiliários comuns a presunção a estabelecer será a inversa, ou seja, há-de entender-se que, em princípio, daí não resultará qualquer benefício, mas sim um prejuízo para o casal. Daí que, e tal como acontece com a alienação a título gratuito (cfr. o art. 1682.º, n.º 1, 2.ª parte, na versão de 1966 e o actual n.º 4 do mesmo artigo), pareça justo que a respectiva importância seja levada em conta na meação do cônjuge devedor, dando-se a devida compensação ao património comum no momento da partilha.

Esta mesma justificação valerá para a explicação das als. b) e c) do n.º 2 do art. 1696.º na redacção da Reforma de 1977 que, como sabemos, ampliaram o conteúdo desse n.º 2 articulando-o com os poderes administrativos regulados no art. 1678.º. Assim, será devida compensação pelo pagamento de dívidas próprias feito com o produto do trabalho ou direitos de autor do cônjuge devedor, sempre que esse proveito seja integrado nos bens comuns, bem como com bens sub-rogados no lugar dos referidos na al. a) do mesmo número e artigo⁶⁵⁶.

A consideração, no ordenamento jurídico francês, do passivo próprio do cônjuge devedor, nos termos do art. 1410.º do Cód. Civil francês, apresenta duas limitações,

cônjuges na vida do lar mostra tratar-se do objecto de uso doméstico, a utilizar no dia-a-dia, mantendo-se intactas na vida comum do lar. Isso não acontece com o dinheiro, proveniente de vencimentos, que não é utilizado na vida do lar, mas gasto nas despesas do lar e nelas consumindo-se. Por outro lado, e seguindo ainda o referido ac. do STJ, de 28.05.1974, é certo que o vencimento do cônjuge deverá ocorrer às necessidades do lar, às despesas comuns e daí a sua utilização conjunta. Mas, não foi considerada esta razão suficiente para, quando vigorava, estabelecer a moratória sobre os mesmos, “dado que a protecção da impenhorabilidade parcial pareceu suficientemente ampla: não gozam os vencimentos auferidos pelo cônjuge devedor do benefício da moratória, mas 2/3 do seu montante estão isentos da penhora (...)”, nos termos do Cód. de Processo Civil.

⁶⁵⁵ Braga da Cruz, “Capacidade patrimonial dos cônjuges...”, *loc. cit.*, p. 417.

⁶⁵⁶ V., Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 466, nota 128. Se se tratar de sub-rogação de bens que se tornaram comuns, por força do regime matrimonial, a prova da sub-rogação faz-se por qualquer meio, não havendo razão para aplicar o regime especial do art. 1723.º, al. c).

previstas no art. 1411.º do mesmo código, ambas destinadas a proteger os credores. Ou melhor, do ponto de vista da contribuição, a exclusão de tais dívidas do passivo definitivo da comunhão não levanta os problemas que podem surgir do ponto de vista da obrigação pela dívida. Os credores das dívidas contraídas antes do casamento veriam, ao contrário do disposto no art. 2093.º do Cód. Civil francês, a sua garantia reduzida aos bens próprios e os adquiridos pelo devedor a título gratuito ao longo do casamento⁶⁵⁷. Com efeito, os credores contrataram atendendo, nomeadamente, aos rendimentos profissionais do seu devedor. Ora, tais rendimentos integram o património comum a partir do casamento⁶⁵⁸. Por isso, a lei estende a garantia dos credores aos “*revenus*” do seu devedor, ou seja, aos rendimentos e salários do cônjuge devedor e frutos dos seus bens próprios, sem prejuízo da devida compensação à comunhão (art. 1412.º do Cód. Civil francês). Os *revenus*, ou seja, todos os ganhos e salários e os frutos e rendimentos dos bens próprios, são comuns, apesar de ser o cônjuge que os recebe que tem poderes exclusivos sobre eles (arts. 223.º, 225.º e 1428.º do Cód. Civil francês). É neste poder exclusivo do cônjuge na administração de tais bens que se funda a responsabilidade dos mesmos pelas dívidas. Ou seja, quem os administra e pode dispor deles pode obviamente também onerá-los, sem prejuízo da devida compensação à comunhão⁶⁵⁹.

Esta relação entre os poderes de administração e a responsabilidade pelas dívidas estava também presente anteriormente às reformas de 1965 e 1985 do Cód. Civil

⁶⁵⁷ Schröder, “La ruine des créanciers organisée par la loi (les droits du créancier antérieur au mariage dans le nouveau régime matrimonial légale)”, *JCP* 1969.I.2291. Acrescenta o autor que não é só relativamente aos bens adquiridos pelo cônjuge devedor que o credor veria a sua garantia limitada. De facto, as normas relativas à venda de um bem próprio e a aquisição de um novo bem, ou a sua troca directa com tornas ou por sub-rogação com tornas, podem implicar também uma modificação da garantia do credor sobre os bens presentes. De facto, nada impede o devedor de dispor dos seus bens próprios depois do casamento e o credor não tem meio de salvaguarda da sua garantia para pagamento do seu crédito (nomeadamente, não pode obrigar o devedor ao cumprimento das formalidades da sub-rogação por forma a o bem não ingressar no património comum).

⁶⁵⁸ A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., p. 381. Este autor, na mesma p. 381, nota 5, chama a atenção de que seria possível ao credor penhorar tais rendimentos se se considerassem próprios na sua origem. Assim, Savatier, *La communauté conjugale nouvelle...*, cit., p. 240, que considera que os frutos e rendimentos dos bens próprios são também eles próprios na sua origem. Sendo assim, permitir-se-ia ao credor anterior ao casamento continuar a executar tais bens desde que não economizados (atendendo ao disposto no art. 1401.º). Também Henri Mazeaud, *et alii*, *Leçons de Droit Civil. Régimes matrimoniaux*, cit., pp. 181-183, consideravam, à luz da Reforma de 1965, que os rendimentos, no momento em que eram percebidos, eram próprios, mas integravam a comunhão se economizados, apesar de administrados pelo cônjuge. Schröder, “La ruine des créanciers...”, *loc. cit.*, n.º 9, considerava, antes da Reforma de 1985, que introduziu a possibilidade de penhora dos *revenus* do devedor por dívidas próprias, ser a questão de saber se tais *revenus* eram próprios ou comuns na sua origem da maior importância. Sobre a natureza dos rendimentos no regime de comunhão, v., Evelyne Monteiro, “A propos des revenus des biens propres des époux dans le régime légal”, *RTDC*, n.º 1, 1998, pp. 23-41.

⁶⁵⁹ M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, p. 177. V., Cornu, *ob. cit.*, pp. 331 e 332. O mesmo se passa no ordenamento jurídico belga, onde os rendimentos do cônjuge respondem pelas suas dívidas próprias (Léon Raucent, *Droit patrimonial de la famille...*, cit., p. 180).

francês. Com efeito, numa altura em que apenas o marido administrava e podia dispor dos bens comuns, todas as dívidas por ele contraídas no decurso do casamento (salvo algumas excepções) eram dívidas da comunhão e responsabilizavam os seus bens próprios e os bens comuns, só não afectando os bens reservados da mulher (salvo tratando-se das dívidas relativas aos encargos da vida familiar ou de alimentos). De facto, o credor do marido, e da comunhão, podia exercer o seu crédito sobre os bens do marido ou sobre os bens comuns sem qualquer distinção, dado que face a terceiros tais bens constituíam um só património⁶⁶⁰. Por seu lado, as dívidas contraídas pela mulher, sem consentimento do marido, e desde que não fossem para o sustento do lar ou alimentares (onde se supunha que a mulher actuava com um mandato tácito do marido), apenas obrigavam a nua propriedade dos seus bens próprios, ou, desde a Reforma de 1965, os seus bens próprios e os bens reservados, dado serem os bens cuja administração lhe cabia. Havendo consentimento do marido, respondiam os bens comuns e também os próprios daquele⁶⁶¹.

De igual modo, e atendendo à presunção de comunicabilidade dos bens do art. 1402.º do Cód. Civil francês, o art. 1411.º, 2.º, do mesmo código, permite que os credores penhorem bens comuns para pagamento de dívidas próprias, se os móveis que pertenciam ao devedor no momento da celebração do casamento ou que lhe tenham advindo por sucessão ou doação integraram o património comum e não podem ser identificados, nos termos do art. 1402.º do Cód. Civil francês⁶⁶². Também aqui sem prejuízo de uma compensação devida à comunhão.

⁶⁶⁰ Baudry-Lacantinerie/J. Le Courtois/F. Surville, *ob. cit.*, p. 431 e p. 514.

⁶⁶¹ Baudry-Lacantinerie/J. Le Courtois/F. Surville, *ob. cit.*, pp. 534 e 540, e Planiol/Ripert, *Traité pratique de Droit Civil français...*, *cit.*, pp. 403 e 404. Entendiam alguns autores que este consentimento implicava uma responsabilização solidária do marido pela dívida. Outros defendiam que esta responsabilidade dos bens próprios do marido resultava da responsabilidade dos bens comuns. Ora, dada a confusão entre os bens do marido e os da comunhão, a responsabilidade desta implicava a daquele. Desde a Lei de 22 de Setembro de 1942, que atribuiu capacidade à mulher casada, o consentimento do marido constitui apenas uma autorização no sentido da mulher poder responsabilizar também os outros bens, não implicando uma responsabilidade pessoal solidária do marido – Colin/Capitant/Julliot de la Morandière, *ob. cit.*, p. 87.

A mulher obrigava também os seus bens próprios e os seus bens reservados, nos termos do então art. 1420.º do Cód. Civil francês, no exercício de uma profissão, ou até os bens comuns e os bens próprios do marido (§ 2.º) (Baudry-Lacantinerie/J. Le Courtois/F. Surville, *ob. cit.*, pp. 529-578, Henri Mazeaud, *et alii*, *Leçons de Droit Civil. Régimes matrimoniaux*, *cit.*, pp. 294 e segs., e Marty/Raynaud, *Droit Civil. Les régimes matrimoniaux*, 2.ª ed., Paris, Sirey, 1986, pp. 240-250).

⁶⁶² Como refere A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, p. 382, o cônjuge pode subtrair tais bens ao pagamento de dívidas próprias se apresentar, nos termos do art. 1402.º, 2.º, do Cód. Civil francês, prova da qualidade de comum do bem (o que não será habitualmente fácil). V. também, Marty/Raynaud, *ob. cit.*, p. 231. Outros autores entendem que não basta a prova de que um dado bem é próprio (cabendo ao cônjuge provar a não confusão), sendo necessária a prova global de quais os bens próprios confundidos com os comuns (Flour/Champanois, *ob. cit.*, p. 371, e Cornu, *ob. cit.*, p. 315).

Desde a Reforma de 1985, o art. 1414.º, 2.º, do Cód. Civil francês, impõe que o governo venha determinar as condições em que se pode efectuar a penhora dos rendimentos profissionais depositados numa conta à ordem ou a prazo (facilmente confundíveis com quaisquer outros fundos de diferente proveniência). Tal foi previsto no Dec. n.º 92-755, de 31 de Julho de 1992, cujo art. 48.º estipula que sempre que uma conta, mesmo conjunta, alimentada pelos ganhos e salários de um cônjuge casado em regime de comunhão, seja objecto de uma penhora (*mesure d'exécution*) ou de um arresto (*saisie-conservatoire*), para pagamento ou garantia de um crédito resultante da contracção de uma dívida pelo outro cônjuge, é imediatamente deixada à disposição do cônjuge uma soma equivalente ao montante dos ganhos e salários depositados no decurso do mês precedente à penhora ou ao montante médio mensal de ganhos e salários depositados nos doze meses precedentes à penhora⁶⁶³. Confere, portanto, ao cônjuge não devedor uma opção a propósito do montante deixado à sua disposição e limita a impenhorabilidade dos rendimentos profissionais a uma quantia correspondente a um mês de remuneração.

Não importa se a conta é pessoal ou conjunta, corrente ou a prazo, podendo ainda entender-se que se trata de contas constituídas na totalidade ou em parte pelos produtos do trabalho do cônjuge que não contraiu a dívida. Ora, tratando-se de uma conta exclusivamente reservada aos ganhos e salários de um dos cônjuges (no sentido de que esse cônjuge apenas aí deposita os ganhos e salários e o outro cônjuge não efectua depósitos nessa conta), não é possível que esses valores escapem à actuação dos credores do outro cônjuge, com a justificação de que os mesmos estão perfeitamente identificados. Por outro lado, não releva que o titular da conta (ou os titulares, se forem

Se, de facto, os bens próprios móveis se confundirem com os bens comuns, o credor pode penhorar estes bens, não distinguindo o art. 1411.º do Cód. Civil francês se serão só os comuns móveis ou também os imóveis. Entendem os autores que só se tratará dos móveis dado que nenhuma confusão surge quanto aos imóveis, podendo o legislador na Reforma de 1985 ter especificado melhor o sentido do art. 1411.º do Cód. Civil francês quanto à penhora dos bens comuns (F. Terré/Ph. Simler, *ob. cit.*, p. 292).

⁶⁶³ Não se aplica a referida disposição às dívidas relativas ao sustento do lar e educação dos filhos que, nos termos dos arts. 220.º e 1418.º do Cód. Civil francês, obrigam solidariamente todos os bens de qualquer um dos cônjuges. De facto, se a dívida é solidária, os ganhos e salários de ambos os cônjuges respondem pela dívida, independentemente de estarem ou não depositados em conta bancária. Já não será assim no caso de dívidas excessivas ou previstas no § 3.º do art. 220.º do Cód. Civil francês, onde não há solidariedade. V., sobre o referido art. 48.º do Dec. n.º 92-755, de 31 de Julho de 1992, Michel Weyland, “L’indispensable dissociation des alinéas 1 et 2 de l’article 1414 du Code civil (à propos de l’article 48 du décret n. 92-755 du 31 juillet 1992)”, *JCP* 1993.I.3712.

ambos os cônjuges) aí deposite(m) outros valores que não os ganhos e salários profissionais⁶⁶⁴.

O mesmo deveria existir entre nós. Com efeito, muito facilmente o credor é prejudicado quando o cônjuge do devedor vem ao processo alegar que apenas existe como bem comum do casal, nos termos da al. b) do n.º 2 do art. 1696.º, passível de penhora, os rendimentos profissionais de um dos cônjuges. Neste caso, o credor deveria penhorar e obter o seu pagamento em moldes semelhantes aos regulados no direito francês, acautelando-se, pela possibilidade de escolha atribuída ao cônjuge, a posição do cônjuge não devedor.

Poderá perguntar-se, de acordo com o nosso art. 1696.º, se responderão pelas dívidas da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges os bens do cônjuge devedor cuja administração pertença ao outro. A solução negativa pareceria a mais razoável, pelo menos quando se tratasse de bens que a lei tivesse confiado ao outro cônjuge (p. ex., nos termos do art. 1678.º, n.º 2, al. e)). A ser assim, o art. 1696.º, n.º 1, deveria ser objecto de uma interpretação restritiva nesse sentido⁶⁶⁵.

O anteprojecto de Braga da Cruz previa essa situação, pois, tendo-se atribuído legitimidade a qualquer dos cônjuges para contrair dívidas, a administração de certos bens poderia caber ao cônjuge não devedor. Não faria sentido que, p. ex., sendo o marido administrador de certos bens da mulher, esta pudesse, por si só, onerá-los livremente, contraindo dívidas. Por isso se previa estatuir que, embora cada cônjuge

⁶⁶⁴ Sem prejuízo de o cônjuge não devedor provar que além dos ganhos e salários a conta bancária é alimentada por outros valores próprios, por forma a, aplicando o art. 1418.º do Cód. Civil francês, tais valores serem afastados da execução (M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, p. 188).

É importante notar que, de acordo com a jurisprudência, a regulamentação das contas bancárias pelo decreto referido no texto não é de aplicar no caso de penhora de conta bancária por não cumprimento de uma caução prestada por um dos cônjuges. Neste caso, não será de aplicar o art. 1414.º do Cód. Civil francês, mas o art. 1415.º do Cód. Civil francês, não podendo, por isso, penhorar-se bens comuns (a conta bancária) se não houver o consentimento do outro cônjuge para o empréstimo ou caução. Para isso o credor teria que provar que os valores depositados na conta bancária em causa eram apenas provenientes do cônjuge que prestou caução ou dos seus rendimentos.

Como alerta Rémy Cabrillac, "Les restrictions au droit de poursuite des créanciers dans le régime de la communauté légale", *Droit & Patrimoine*, n.º 51.º, 1997, p. 57, o referido decreto, apesar do mérito da simplicidade, pode levar à impenhorabilidade de somas que não correspondem a ganhos e salários. Tal acontecerá sempre que a conta bancária seja alimentada por somas que não correspondam a rendimentos de trabalho, mas equivalam a um mês de salário.

⁶⁶⁵ V., Pereira Coelho, *Curso...*, *cit.*, 1986, p. 436, nota 1, e Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 464 e 465. Defendendo uma interpretação restritiva do preceito legal, J. A. Domingues Damas, *ob. e loc. cit.*, p. 224, considera que tal interpretação será a única compatível com as razões que levaram às restrições dos poderes de alienação ou oneração de imóveis e de estabelecimento comercial sem o consentimento do outro cônjuge nos termos do art. 1682.º-A. Além disso, é a que melhor salvaguardará os interesses do outro cônjuge e a que melhor se coadunará com a subsidiariedade da meação dos bens comuns do casal por dívidas da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges.

pudesse onerar livremente por dívidas os seus bens próprios, se a administração desses bens coubesse ao outro cônjuge, a execução respectiva ficaria sujeita à moratória prevista no n.º 1 do art. 1696.º para os bens comuns. Mas essa moratória cessaria logo que os referidos bens passassem para a administração do cônjuge devedor, pois aí desapareceria a razão que a justificava (se podiam ser executados, sem moratória, se estivessem sob a administração do cônjuge devedor no momento em que a dívida foi contraída, razoável seria que pudessem passar a sê-lo se voltassem à sua administração).

De qualquer forma, à luz da lei, os bens próprios do cônjuge devedor podem ser executados imediatamente, mesmo quando existia moratória, não obstante a administração desses bens caiba ao outro cônjuge. Parece-nos, assim, que, para além de implicar uma limitação aos poderes do cônjuge administrador, o cônjuge não administrador ao contrair dívidas (sem o consentimento do outro) [e isto vale, actualmente, para todos os bens comuns (dada a abolição da moratória)] poderá onerar todos os seus bens próprios, os bens comuns (a sua meação ou até integralmente, tratando-se dos bens previstos no n.º 2 do art. 1696.º), que respondem pelas dívidas nos termos do art. 1696.º, mesmo que não tenha legitimidade para dispor deles sem o consentimento do outro. Se os credores exigirem o cumprimento de uma dívida, contraída por um dos cônjuges, por bens que são administrados pelo outro cônjuge (e de que o devedor não pode dispor), por ela responderão esses bens como todos os bens próprios do cônjuge devedor, ainda que contra a vontade do cônjuge administrador que não pode opor-se à penhora e à execução.

Por outro lado, pode acontecer que o cônjuge devedor até tenha poderes administrativos (art. 1678.º, n.ºs 1 e 3, 2.ª parte, ou n.ºs 2 ou 3, 1.ª parte), mas não possa, por si só, dispor do bem (arts. 1682.º e 1682.º-A). Porém, esse bem acabará por responder por uma dívida própria desse cônjuge, quer seja bem próprio (n.º 1 do art. 1696.º) quer seja um bem comum (art. 1696.º, n.º 2) e responde integralmente. Além disso, poderá também responder, no caso de se tratar de um bem comum fora dos casos previstos no n.º 2 do art. 1696.º, a meação do cônjuge devedor (art. 1696.º, n.º 1, *in fine*).

O mesmo problema coloca-se no ordenamento jurídico francês onde pode acontecer que sejam onerados com dívidas por parte de um dos cônjuges bens comuns de que esse cônjuge não tem a administração e livre disposição: bens comuns afectos ao exercício da profissão do outro (art. 1421.º, 2.º, do Cód. Civil francês). Daí o risco de ser posta em causa a independência profissional de cada um dos cônjuges se o outro pode contrair

dívidas fazendo com que o credor penhore bens afectos a esse exercício profissional⁶⁶⁶. Porém, por outro lado, acautelam-se os rendimentos e salários de um cônjuge (bens comuns) para pagamento de dívidas do outro cônjuge (art. 1414.º do Cód. Civil francês), precisamente porque a administração e o poder de disposição de tais valores incumbe ao cônjuge que os recebe.

Uma última referência à al. c) do n.º 2 do art. 1696.º quanto à sub-rogação aí prevista.

Trata-se, portanto, dos bens sub-rogados no lugar dos bens que se tornaram comuns com o casamento (levados para o casamento pelo cônjuge devedor ou posteriormente adquiridos a título gratuito) ou dos rendimentos (que são comuns nos regimes de comunhão), ou seja, bens sub-rogados no lugar dos referidos na al. a) já analisada. Ora, se os bens da al. a) são comuns, os bens adquiridos por sub-rogação⁶⁶⁷, nos termos gerais, serão também comuns e responderão pelas dívidas próprias do cônjuge devedor. Caso contrário, poderia o credor ser prejudicado se o seu devedor alienasse os bens que, p. ex., levou para o casamento, nomeadamente, com intuito fraudulento, e com esses adquirisse outros. Por isso, pode também o credor fazer-se pagar com estes.

Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira entendem que a prova da sub-rogação faz-se por qualquer meio, não havendo razão para aplicar o regime especial do art. 1723.º, al. c)⁶⁶⁸. Com efeito, no âmbito do regime de comunhão de adquiridos, o art. 1723.º dispõe que são bens próprios os bens sub-rogados no lugar de bens próprios, por aplicação do princípio da sub-rogação real⁶⁶⁹. A sub-rogação real pressupõe que de um património saíram determinados bens e outros entraram nele, havendo uma conexão entre aquela perda e esta aquisição. Há casos em que esta conexão é notória, pois a aquisição e a perda procedem do mesmo acto jurídico, mas há outros em que a aquisição e a perda

⁶⁶⁶ Rémy Cabrillac, *ob. cit.*, pp. 157 e 158. Isso salvo se, no exercício dessa profissão, o cônjuge constituir uma sociedade, uma pessoa moral, com património autónomo e ao abrigo das dívidas de ordem privada (não profissional). V., M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 178 e 179. E o mesmo se diga quanto à casa de morada da família. Como referem Flour/Champenois, *ob. cit.*, p. 378, este perigo pode induzir à adopção de um outro regime de bens ou de uma fórmula societária para o exercício da profissão.

⁶⁶⁷ Sobre o princípio da sub-rogação real, v., Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I, reimpressão, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 223 e 224, nota 1, e Galvão Telles, *Das Universalidades*, Lisboa, Grandes Oficinas Gráficas “Minerva” de Gaspar Pinto de Sousa & Irmão, 1940, pp. 188-196.

⁶⁶⁸ Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 466, nota 128.

⁶⁶⁹ Este entendimento remonta a época anterior ao Cód. de Seabra. Paulo Merêa, *ob. cit.*, vol. II, pp. 88 e 89, a propósito do casamento por arras vigente no direito peninsular, afirma que, ainda que inicialmente a tendência fosse no sentido de considerar os bens sub-rogados no lugar dos próprios como adquiridos (“*gaanças*”), foi a doutrina contrária que veio a desenvolver-se no *Fuero Viejo* e no *Fuero Real*, considerando próprios os bens obtidos por troca de bens próprios ou com o preço da sua venda.

procedem de actos jurídicos diferentes, como será a hipótese de um dos cônjuges comprar com dinheiro do seu património próprio um determinado bem.

O art. 1723.º regula estas situações ao considerar como bens próprios os bens subrogados no lugar de bens próprios de um dos cônjuges, por meio de troca directa (al. a)); o preço dos bens próprios alienados (al. b)); e os bens adquiridos ou as benfeitorias feitas com dinheiro ou valores próprios de um dos cônjuges, desde que a proveniência do dinheiro ou valores seja devidamente mencionada no documento de aquisição, ou em documento equivalente⁶⁷⁰, com intervenção de ambos os cônjuges (al. c) – sub-rogação indirecta).

Neste último caso, a declaração sobre a proveniência dos valores utilizados tem de ser feita no momento em que se faz a aquisição⁶⁷¹. As chamadas “escrituras de rectificação”, em que intervêm os dois cônjuges, afirmando que estão a fazer, nesse momento, a declaração exigida ao abrigo do art. 1723.º, al. c), não são válidas, não podendo transformar em bens próprios os bens que, para salvaguarda de interesses de terceiros, foram adquiridos como bens comuns⁶⁷².

Para que o bem adquirido a título oneroso não entre para o património comum, nos termos do art. 1723.º, al. c), é necessário que haja um meio de afastar a expectativa que os terceiros têm de esse bem ingressar na massa comum. Este meio é a declaração dos

⁶⁷⁰ Como entendem Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil...*, cit., vol. IV, p. 427, o legislador terá, neste caso, pensado nas benfeitorias, em que o documento equivalente mais vulgar é o título da empreitada. A necessidade de um qualquer documento comprovativo da sub-rogação era já defendida por Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, cit., vol. VI, pp. 356 e 357, apesar de a lei não o exigir na altura.

⁶⁷¹ V., sobre esta questão, Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 561 e 562. No entendimento dos autores, uma declaração feita em momento posterior, num instrumento diverso, seria menos acessível aos terceiros interessados. Por outro lado, mesmo que fosse conhecida desses interessados, poderia afectar os terceiros que já tivessem tomado decisões, confiantes na natureza de bem comum que resulta da presunção de comunhão.

⁶⁷² Mas poderão ser válidas se não estiverem em causa interesses de terceiros ou se estes intervierem no acto, aceitando que os bens sejam considerados próprios de um dos cônjuges. Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ibidem*. Contudo, como refere M.^a Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, cit., p. 367, e ainda que tais escrituras de rectificação visassem repor a verdade quanto à proveniência dos valores e corrigir uma eventual alteração das massas patrimoniais pela não observação das formalidades da sub-rogação, tal significaria admitir uma sub-rogação *a posteriori* proibida pelo nosso direito e a mudança do estatuto de um bem na constância do matrimónio (de comum passa a próprio). Permitir-se-ia aos cônjuges alterar o estatuto de um bem, atingindo o mesmo resultado que lhes é proibido pelo princípio da imutabilidade. Neste sentido, v. também, A. Galasso, *ob. cit.*, p. 287. É, porém, precisamente isto que o art. 1434.º do Cód. Civil francês prevê (*remploi a posteriori* ou *à retardement*) relativamente às relações entre os cônjuges. Mas mesmo aí não fica excluída a averiguação da conformidade da sua utilização com o estatuto patrimonial dos cônjuges (pode tratar-se, p. ex., da dissimulação de uma doação que poderá ser nula). Também no direito espanhol, quanto à atribuição voluntária de *ganancialidad* (art. 1355.º do Cód. Civil espanhol), que afasta as regras da sub-rogação, há autores que consideram que a declaração que torna o bem adquirido como bem comum pode ser prestada mesmo após o acto de aquisição (v., Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida, *et alii*, *Elementos de Derecho Civil. Familia*, cit., p. 179. Contra, M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 1631-1633, que considera que tal declaração deve ser prestada no acto de aquisição).

dois cônjuges, no momento da aquisição, acerca da proveniência dos valores utilizados⁶⁷³. Na sua ausência o bem ingressa na comunhão.

⁶⁷³ Sendo a ideia de protecção de terceiros que justifica a exigência do art. 1723.º, al. c), há doutrina, apoiada por alguma jurisprudência (p. ex., o ac. do STJ, de 12.07.2001 (<http://www.dgsi.pt>)), que entende que, quando não esteja em causa o interesse de terceiros, mas apenas o dos cônjuges, a conexão entre os valores próprios e o bem adquirido pode ser provada por quaisquer meios, sem necessidade do documento previsto na lei. De facto, a menção da proveniência do dinheiro na escritura de aquisição é o meio de garantir que terceiros conheçam a sub-rogação, que contraria a aparência criada de que o bem adquirido a título oneroso é comum. Na ausência de terceiros que possam ser enganados pela aparência, a exigência desse meio especial de prova não terá sentido. V., Castro Mendes, *Direito da Família*, cit., p. 170, e Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 563-566. Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, cit., vol. VI, p. 520, parecia defender, à luz do Cód. de Seabra, que não dispunha expressamente sobre a sub-rogação indirecta (apenas referindo, os arts. 1109.º e 1149.º do Cód. de Seabra, a sub-rogação directa), que o cônjuge a quem pertenciam os valores empregues na aquisição podia provar a sua proveniência por todos os meios legais. Também Pereira Coelho, *Curso...*, cit., 1965, p. 315. Em todo o caso, Cunha Gonçalves, na mesma obra, pp. 356-359, apontava para a adopção da outra posição, considerando indispensável que a sub-rogação ficasse documentada. “Não se fazendo tal declaração, a coisa comprada entrará para a comunhão, da qual não poderá sair, para o património próprio da mulher, por uma declaração posterior, que será ineficaz” (p. 357).

Outros autores entendem que a falta de menção da proveniência dos valores constitui presunção de que os bens são comuns, mesmo que um dos cônjuges esteja em condições de provar o carácter próprio dos valores utilizados e mesmo que não intervenham interesses de terceiros. V., Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil...*, cit., vol. IV, p. 427, e Leite de Campos, *Lições...*, cit., p. 396, e na jurisprudência, o ac. do STJ, de 25.05.2000 (*BMJ*, n.º 497.º, 2000, p. 382). De igual modo, M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, “A sub-rogação real indirecta de bens próprios nos regimes de comunhão”, *Separata da RDES*, ano XXXIX, n.ºs 1-2-3, Janeiro-Setembro, 1997, p. 208, e *Limites à autonomia privada...*, cit., p. 350, entende que “a menção da proveniência dos bens e a intervenção dos cônjuges são requisitos absolutos da qualificação dos bens adquiridos, na constância do matrimónio, como próprios de um dos cônjuges. Pelo que a sua falta implica a qualificação de tais bens como bens comuns”. De facto, também entendemos que a eventual produção de prova em contrário não afecta a qualificação do bem, mas apenas permite demonstrar que na aquisição de um bem, que ingressou na comunhão por falta da documentação exigida, foram empregues bens próprios e, assim, reconhecer ao património próprio o direito a ser compensado. Entre os cônjuges, a prova, por qualquer meio, da proveniência do dinheiro deve ser permitida apenas para fundar o direito a uma compensação, e não para obter a restituição do bem em espécie.

Quanto às posições defendidas na jurisprudência, que se inclina ora para uma posição ora para a outra, v., algumas decisões referidas por Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 564-566.

Esta discussão, que se aproximava mais da referida entre nós na redacção do Cód. Civil francês anterior a 1965 (v., Colette Saujot, *ob. cit.*, pp. 95-98), é também colocada à doutrina francesa em relação ao disposto no art. 1434.º do Cód. Civil francês, que regula o *emploi* e *remploi* (ou seja, aquisição de um bem com valores que são eles mesmos próprios, por doação ou sucessão, ou a aquisição de um bem com valores resultantes da venda de um bem próprio). Estipula o art. 1434.º que a sub-rogação opera se no acto de aquisição o cônjuge declarar a proveniência própria dos valores empregues. Na falta de tal declaração, a sub-rogação apenas ocorre por acordo dos cônjuges e apenas com efeitos nas suas relações internas. A generalidade da doutrina considera, depois da Reforma de 1965 ter conferido aos cônjuges a possibilidade de fazerem funcionar a sub-rogação indirecta dos bens próprios sem terem de cumprir a formalidade do art. 1434.º do Cód. Civil francês (admitindo o *remploi a posteriori*), que essa formalidade é apenas um meio de prova face a terceiros (v., Françoise Chapuisat, “Vers une utilisation extensive de la subrogation réelle, a propos des lois du 13 juillet 1965 et 3 juillet 1971”, *RTDC*, ano 71.º, 1973, pp. 649 e 650, e F. Terré/Ph. Simler, *ob. cit.*, p. 267). Contra, A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., pp. 309 e 310, que entende que as declarações exigidas pela lei são requisito do carácter próprio dos bens que só pode ser substituído, nas relações entre os cônjuges, pelo acordo entre eles. E por isso mesmo também critica a disposição legal, defendendo que a sub-rogação deveria ser automática nas relações entre os cônjuges, independentemente de qualquer declaração (pp. 310 e 582). A falta de acordo implica que a sub-rogação não se produza. Neste sentido, também M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, p. 124.

Importa ainda referir que a lei francesa, no art. 1435.º do Cód. Civil francês, prevê o *remploi* por antecipação, ou seja, a sub-rogação do preço de um bem próprio que apenas será vendido ulteriormente, mediante o pagamento à comunhão de tais valores nos cinco anos posteriores à aquisição. Trata-se, para A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., p. 306, de uma sub-rogação sob condição

suspensiva, sendo o bem adquirido provisoriamente comum (contra, F. Terré/Ph. Simler, *ob. cit.*, p. 272, para quem o bem é próprio sob condição resolutiva), e como tal sujeito à execução dos credores da comunhão (que, a ser o caso, inviabiliza a sub-rogação).

No direito italiano, o art. 179.º, al. f), do Cód. Civil italiano, exige, para a existência de sub-rogação de bens próprios elencados no mesmo artigo (pela troca ou compra de bem com o preço da alienação de bem próprio ou, de acordo com a doutrina dominante, com dinheiro próprio), e sempre que se tratar de bens imóveis ou móveis sujeitos a registo, que a exclusão dos bens da comunhão resulte de declaração efectuada pelo cônjuge adquirente no acto de aquisição. Consideram alguns autores (A. Finocchiaro/M. Finocchiaro, *Riforma del diritto...*, *cit.*, p. 535) ter tal declaração uma função meramente probatória, prevenindo qualquer contestação sobretudo no momento da dissolução da comunhão. Outros, porém, consideram que a declaração do cônjuge adquirente constitui requisito necessário para exclusão do bem da comunhão [Schlesinger, *ob. e loc. cit.*, sob a direcção de Carraro/Oppo/Trabucchi, p. 403 (refere que é requisito formal para que ocorra a sub-rogação), e “Del regime patrimoniale della famiglia. Della comunione legale”, in AAVV, *Commentario all diritto italiano della famiglia*, *cit.*, sob a direcção de Cian/Oppo/Trabucchi, p. 157, De Paola/A. Macri, *ob. cit.*, pp. 133 e 134, M. Dogliotti, “Regime patrimoniale della famiglia”, *Rivista di diritto civile*, ano XL, n.º 2, 1994, p. 133, T. Auletta, “Gli acquisti personali”, in AAVV, *Trattato di diritto privato...*, *cit.*, sob a direcção de Mario Bessone, p. 216, e Ennio Russo, *Il Codice Civile Commentario – artt. 177-179. L’oggetto della comunione legale e i beni personali*, sob a direcção de P. Schlesinger, Milano, Giuffrè Editore, 1999, p. 231 (afirmando que entre os cônjuges é possível, tratando-se de bens móveis, fazer a prova da declaração do carácter próprio dos bens por quaisquer meios, enquanto que em relação a terceiros é preciso que tal prova resulte da declaração no acto de aquisição, com data certa (p. 233))]. Tratando-se de imóveis ou móveis sujeitos a registo (excluídos da comunhão por força das als. c), d) e f), do art. 179.º do Cód. Civil italiano), não bastará a simples declaração do cônjuge adquirente no acto de aquisição, sendo necessário que nesse tenha participado também o outro cônjuge, o que gera várias interpretações na doutrina quanto a esta intervenção do cônjuge. Consideram alguns autores que essa intervenção, tratando-se de um requisito especial atendendo aos bens em causa, é exigida quando se trate da sub-rogação desses mesmos bens [entendendo uns que essa declaração vem apenas confirmar a declaração do cônjuge adquirente, constituindo uma mera declaração de ciência (De Paola/A. Macri, *ob. cit.*, p. 139, C. M. Bianca, *Diritto civile...*, *cit.*, p. 84, L. Barbiera, *ob. e loc. cit.*, p. 461, T. Auletta, *Il diritto di famiglia*, *cit.*, p. 167, Gabrielli/Cubeddu, *ob. cit.*, p. 90), e outros que essa intervenção é requisito necessário para a exclusão do bem da comunhão como verdadeira declaração negocial (A. Finocchiaro/M. Finocchiaro, *Riforma del diritto...*, *cit.*, pp. 532-534, Schlesinger, *ob. e loc. cit.*, sob a direcção de Carraro/Oppo/Trabucchi, pp. 406 e 407, e “Del regime patrimoniale della famiglia...”, *ob. e loc. cit.*, sob a direcção de Cian/Oppo/Trabucchi, pp. 158-160, e Ennio Russo, *Il Codice Civile Commentario...*, *cit.*, p. 247)]; e outros que tal intervenção apenas é necessária no caso de a aquisição ter sido feita conjuntamente (Cian/Villani, *loc. cit.*, p. 400).

Por sua vez, o direito espanhol consagra a aplicação automática da sub-rogação indirecta (tal como acontece com a troca directa) dos bens próprios, independentemente da manifestação dos cônjuges no momento da aquisição (ainda que, como refere J. J. Rams Albesa, *ob. cit.*, p. 178, tenha que existir uma vontade dos cônjuges nesse sentido, apesar de não expressa formalmente). O que importa é a prova da procedência dos valores empregues (arts. 1346.º, 3.º (para os bens próprios), e 1347.º, 3.º (para os bens comuns), do Cód. Civil espanhol) - Lledó Yagüe, *et alii*, *ob. cit.*, p. 211. V., M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 1588-1592, e Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida, *et alii*, *Elementos de Derecho Civil. Familia*, *cit.*, pp. 163-166. Porém, desde 1981, a lei admite que os cônjuges atribuam por acordo carácter comum a bens adquiridos na constância do casamento, independentemente da proveniência dos valores empregues, nos termos do art. 1355.º do Cód. Civil espanhol (v. também, Gavidia Sanchez, *La atribución voluntaria de ganancialidad*, Madrid, Editorial Montecorvo, SA, 1986, p. 139).

No direito alemão, a sub-rogação indirecta dos bens próprios, relativamente aos *Vorbehaltgut* (já que os *Sondergut* nem sequer podem ser transmitidos), pode ocorrer por alteração da convenção matrimonial, introduzindo uma disposição no sentido de que dado bem passa a ser próprio. Além disso, e em relação àqueles bens, importa atender ao § 1418.º, 2.º, 3, do BGB, que estabelece a sub-rogação real de tais bens [os bens adquiridos em substituição ou por meio de valores pertencentes aos *Vorbehaltgut* ou por negócio jurídico relativo aos mesmos bens (devendo demonstrar-se aqui que o bem (objectiva e subjectivamente) substitui o anterior - Dölle, *ob. cit.*, p. 888) permanecem sempre com a mesma qualidade]. V., Beitzke/Lüderitz, *ob. cit.*, p. 155, e Lüderitz/Dethloff, *ob. cit.*, p. 130, MünchKomm - *Kanzleiter*, § 1418 Rdn. 10 e 11, p. 602, Staudinger, *ob. cit.*, §§ 1363.º-1563.º, § 1418 Rdn. 35-48, pp. 459-462, Dieter Giesen, *ob. cit.*, p. 176, e Gernhuber/Coester-Waltjen, *ob. cit.*, § 38, IV, 2, p. 437 e § 38, V, 4, p. 439. De referir ainda que o direito alemão admite a sub-rogação por substituição (§ 1370.º do BGB), no regime da *Zugewinnngemeinschaft* (não havendo norma idêntica para o regime de separação de bens), ou seja, se os bens móveis que integram o recheio da casa de morada da família forem substituídos, deixarem de existir ou se desvalorizarem completamente, os novos bens adquiridos em substituição dos outros, e que desempenhem a mesma função económica, tornam-se propriedade do cônjuge a quem estes já pertenciam (sem prejuízo de uma

A falta de cumprimento das exigências previstas no art. 1723.º, al. c), implica que o bem adquirido seja considerado um bem comum do casal⁶⁷⁴. Salvaguardam-se, assim, os interesses de terceiros que vêm aumentar o património comum e a possibilidade do bem ser executado para pagamento das dívidas do casal, mas prejudicam-se os credores pessoais do cônjuge cujo bem deveria ingressar no seu património próprio.

Em todo o caso, o cônjuge lesado deve ser compensado pelo património comum (salvaguardando-se também assim os credores pessoais do cônjuge que vêm o valor do bem que ingressou na comunhão integrar o património do seu devedor). Caso contrário, a comunhão enriquecer-se-á em detrimento do cônjuge titular dos valores próprios. Além do mais, não se justifica que o cônjuge do adquirente fique beneficiado, ganhando

eventual compensação patrimonial ao outro cônjuge se este contribuiu para esta nova aquisição). Se um cônjuge, vinculado à obrigação de comunhão de vida prevista no § 1353.º do BGB, levou para a vida em comum bens que pôs à disposição da família, não deve ser ele sozinho a suportar o seu desgaste ou desvalorização (MünchKomm - *Gernhuber*, § 1370 Rdn. 1-15, pp. 402-404, e *Gernhuber/Coester-Waltjen*, *ob. cit.*, § 34, III, 1, pp. 365 e 366).

⁶⁷⁴ Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 562, consideram que, quando o não preenchimento das exigências do art. 1723.º, al. c), se ficar a dever a recusa de intervenção do outro cônjuge (muitas vezes por capricho ou má fé), deveria admitir-se o suprimento judicial da intervenção do cônjuge, tal como previsto no art. 1684.º, n.º 3. Neste caso a lei prevê o suprimento para as situações em que um cônjuge não pode validamente praticar o acto sozinho, enquanto que no caso do art. 1723.º, al. c), ele pode validamente praticar o acto, embora suporte o prejuízo de os valores próprios ingressarem no património comum. Consideram, porém, que um regime semelhante seria mais justo. Também neste sentido, M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, *cit.*, p. 368. Esta mesma autora (p. 353) critica a exigência da concertação dos cônjuges que pode paralisar a circulação dos bens dos cônjuges se um deles se recusar a intervir, podendo inviabilizar o mecanismo de sub-rogação real (M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, “Bem adquirido por cônjuge casado no regime de comunhão de adquiridos em cumprimento de contrato-promessa de compra e venda celebrado antes do casamento”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 1, n.º 2, 2004, p. 15, nota 43). De facto, os cônjuges podem recetar transmitir os seus bens próprios porque essa transmissão pode envolver o ingresso do respectivo valor ou dos bens que os substituem no património comum. Trata-se de um limite intolerável à autonomia privada de cada um dos cônjuges. E tanto mais que o objectivo da concertação dos cônjuges foi o de evitar a contestação ulterior entre os cônjuges da origem real das importâncias empregues. Sendo assim bastava que o legislador, nas relações internas entre os cônjuges, tivesse colocado o problema no âmbito da prova da origem das importâncias que foram utilizadas para a aquisição realizada por um dos cônjuges (M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, *cit.*, p. 355 e nota 457). É, aliás, o que decorre do art. 1434.º do Cód. Civil francês.

T. Auletta, “Gli acquisti personali”, *ob. e loc. cit.*, p. 226, também admite que a não intervenção do cônjuge, quando exigida, poderá ser suprida judicialmente. A. Finocchiaro/M. Finocchiaro, *Riforma del diritto...*, *cit.*, p. 533, e De Paola/A. Macri, *ob. cit.*, p. 141, consideram que, apesar de a letra do art. 181.º do Cód. Civil italiano não permitir uma aplicação ao caso, essa possibilidade será de recomendar por ser a única a garantir seja a posição do cônjuge adquirente contra uma recusa injustificada do seu cônjuge a participar no acto, seja a posição deste último contra eventuais fraudes causadoras de danos. Dado que a lei italiana não prevê a concertação como um dos requisitos da sub-rogação, pode optar-se pela interpretação segundo a qual qualquer um dos cônjuges pode adquirir bens para o seu património próprio sem a intervenção do outro. Mas este, que não participou no acto de aquisição, pode contestar o carácter próprio do bem adquirido, tendo o cônjuge adquirente que provar a existência dos pressupostos que levam o bem a ingressar no seu património próprio. A jurisprudência italiana tem admitido quer a possibilidade de obter suprimento judicial quer a possibilidade de responsabilizar o cônjuge que recusou injustificadamente a sua participação no acto (A. Galasso, *ob. cit.*, pp. 292 e 293). Schlesinger, *ob. e loc. cit.*, sob a direcção de Carraro/Oppo/Trabucchi, p. 407, nega a possibilidade de recurso por analogia ao art. 181.º do Cód. Civil italiano e, em consequência, ao suprimento judicial, restando apenas ao cônjuge adquirente o recurso aos meios contenciosos para a declaração do carácter próprio do bem em causa (p. 408).

direito a metade do bem comum, ou do que restar dele, no momento da partilha. Repare-se, porém, que esta compensação apenas existirá no momento da liquidação e partilha da comunhão, permitindo apenas o equilíbrio dos diferentes patrimónios. Em relação a terceiros credores pessoais do cônjuge cujo património próprio ficou empobrecido não há protecção no decurso da comunhão, restando-lhes aguardar pela liquidação da comunhão ou tentar provar uma actuação fraudulenta do cônjuge devedor para recorrer aos meios gerais de Direito comum (como a impugnação pauliana).

Se a falta das exigências previstas no art. 1723.º, al. c), tornam o bem comum (não se admitindo outro meio de prova mesmo entre os cônjuges), a prova da proveniência dos valores entre os cônjuges permite uma compensação ao cônjuge que entrou com valores próprios para a aquisição de um bem comum. Com efeito, se a compensação visa evitar o enriquecimento injusto de um património à custa de outro, comprovando-se que o ingresso de um bem na comunhão empobreceu o património próprio de um dos cônjuges, será de admitir a compensação deste pelo património comum, muito embora o art. 1723.º, al. c), não o refira expressamente⁶⁷⁵. As normas reguladoras das

⁶⁷⁵ O anteprojecto de Braga da Cruz ("Regimes de bens do casamento. Disposições gerais. Regimes de comunhão (disposições gerais e regime supletivo). Anteprojecto para o novo Código Civil", *BMJ*, n.º 122.º, 1963, p. 217) previa que o cônjuge adquirente se tornasse credor do outro pela importância do prejuízo sofrido (art. 51.º, n.º 2). Porém, a norma não chegou à redacção final o que, de acordo com Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil...*, cit., vol. IV, p. 427, seria um sinal de afastamento da doutrina proposta, pretendendo o legislador excluir qualquer compensação nesse caso.

Mas já no domínio do Cód. de Seabra, onde nada se dispunha quanto à sub-rogação indirecta, Pires de Lima (José Augusto do Nascimento, *ob. cit.*, p. 293), considerava que, no caso de não haver troca directa ou do contrato não resultar que os bens tinham sido comprados com o produto de bens próprios e eram destinados a substituí-los, os bens seriam comuns, ficando o cônjuge lesado e adquirente com o direito a ser indemnizado, por aplicação analógica do art. 1287.º relativo à sociedade universal, no momento da partilha. Mais tarde, defendeu também a aplicação por analogia do art. 1245.º para exigir a declaração de que o preço proveio da venda de bens próprios (Pires de Lima/Braga da Cruz, *ob. cit.*, p. 162). Mas já não haveria este direito a ser indemnizado se da alienação dos bens próprios do cônjuge não tivesse provindo benefício ao casal. V. também, Pereira Coelho, *Curso...*, cit., 1965, p. 315.

Também Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, cit., vol. VI, p. 359, considerava que se não houvesse sub-rogação o cônjuge cujos bens próprios foram alienados deveria ser indemnizado com os bens comuns, após a dissolução do casamento, nos termos do art. 1124.º do Cód. de Seabra. E o mesmo era também defendido por Eduardo Silva Carvalho, *ob. cit.*, vol. II, p. 86 (falando de um direito de indemnização ao cônjuge empobrecido, por analogia com o art. 1287.º do Cód. de Seabra), Coelho da Rocha, *ob. cit.*, p. 158, e Carmindo Ferreira, *loc. cit.*, ano 10.º, 1946, p. 131.

A compensação nestes casos de sub-rogação (por troca directa ou indirecta) está expressamente prevista nos arts. 1407.º e 1436.º do Cód. Civil francês e resulta também do art. 1433.º do mesmo código (v., Cornu, *ob. cit.*, p. 404, e A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., pp. 318-321). Aliás, refere Cornu, *ob. cit.*, p. 405, que um regime adequado de compensações (ainda que possa haver o risco da insolvabilidade) é o melhor meio de evitar os abusos da sub-rogação.

Por sua vez, a doutrina italiana divide-se quanto à existência de tal compensação no caso de o bem ingressar na comunhão, considerando uns não existir (Schlesinger, *ob. e loc. cit.*, sob a direcção de Carraro/Oppo/Trabucchi, p. 404, e Bruno de Filippis, *ob. cit.*, p. 249) e outros defendendo a sua existência (L. Barbiera, *ob. e loc. cit.*, pp. 452 e 459).

L. Díez-Picazo/A. Gullón, *ob. cit.*, p. 172, como a generalidade dos autores espanhóis, a propósito da *atribución voluntaria de la ganancialidad* (art. 1355.º do Cód. civil espanhol), admitem a existência de uma compensação, nos termos do art. 1358.º do Cód.

compensações “reafirmam um princípio geral que obriga às compensações entre os patrimónios próprios dos cônjuges, e entre estes e o património comum, sempre que um deles se encontre enriquecido em detrimento de outro”⁶⁷⁶.

A sub-rogação permite salvaguardar o equilíbrio patrimonial existente no decurso do regime matrimonial. Existindo bens comuns e bens próprios, nos regimes de comunhão, deve assegurar-se que se mantenha a composição de cada um deles (respeitando-se, assim, o princípio da imutabilidade). Por isso, saindo um bem de um património deve no mesmo ingressar o bem que se adquire de novo com base naquele ou, pelo menos, que o bem seja substituído na massa patrimonial de onde saiu por um direito de compensação sobre o património no qual ingressou. Caso contrário haveria o enriquecimento de um património à custa do outro, o que se pretende evitar. Além de que se a lei fixou um especial regime de responsabilidade por dívidas deve assegurar que os bens que por elas respondem não possam ser transferidos, com prejuízo para os credores⁶⁷⁷.

É importante ainda ter em consideração, tal como analisa M.^a Rita Lobo Xavier, que o mecanismo da sub-rogação, visando a manutenção do equilíbrio entre as várias massas patrimoniais, pode conferir ao cônjuge adquirente, ou a ambos os cônjuges se actuarem por acordo, a possibilidade de omitir as formalidades necessárias com o objectivo de beneficiar o seu cônjuge⁶⁷⁸. De facto, o bem que deveria ser próprio,

civil espanhol, sempre que o valor do bem, integrando a massa comum, tiver sido suportado por um património próprio dos cônjuges (afastando-se das regras da sub-rogação). De igual modo, existirá uma compensação sempre que a aquisição de um bem pelo património comum for suportada pelo património próprio de um dos cônjuges (art. 1364.º do Cód. Civil espanhol) - Lledó Yagüe, *et alii*, *ob. cit.*, p. 212.

⁶⁷⁶ M.^a Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, *cit.*, p. 352. Aceitando também a existência de uma compensação nessa situação, Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 568. Seguindo o entendimento de M.^a Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, *cit.*, p. 395, pode admitir-se a existência de um princípio geral que obriga às compensações entre os patrimónios próprios dos cônjuges e o comum sempre que um deles, no final do regime, se encontre enriquecido em detrimento do outro. A não ser assim, verificar-se-ia um enriquecimento injusto da comunhão à custa do património de um dos cônjuges ou de um destes à custa daquela.

Repare-se também que pode haver compensação, mesmo havendo sub-rogação, se se verificar a situação prevista no art. 1726.º, ou seja, o bem permanece próprio por preenchimento das formalidades da sub-rogação, mas o património comum contribuiu também para essa aquisição. O bem será próprio sem prejuízo da compensação ao património comum. Idêntico regime prevê o art. 1436.º do Cód. Civil francês. Por seu lado, T. Auletta, “Gli acquisti personali”, *ob. e loc. cit.*, p. 214, nota que o mesmo não acontece no direito italiano à falta de previsão normativa análoga a estas.

⁶⁷⁷ Era o que Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, *cit.*, vol. I, p. 219 e p. 224, nota 1, referia em relação a todos os patrimónios autónomos. De facto, se na esfera patrimonial de um indivíduo se separam vários patrimónios, com especial responsabilidade por dívidas, é evidente que a confusão dos elementos activos do património implicaria um prejuízo ilegítimo para os credores do património lesado com aquela confusão e um benefício injustificado para os credores do património enriquecido pela mesma confusão (Carmino Ferreira, *loc. cit.*, ano 9.º, p. 136).

⁶⁷⁸ M.^a Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, *cit.*, pp. 358-365.

porque adquirido por bens próprios de um dos cônjuges, passará a ser comum (de ambos os cônjuges) por omissão propositada das formalidades exigidas. Ora, tal situação pode configurar uma liberalidade entre cônjuges⁶⁷⁹. E o inverso pode também ocorrer, ou seja, os cônjuges fazem uma declaração falsa quanto aos valores utilizados na aquisição com o intuito de converter bens comuns em bens próprios de um deles, com prejuízo para os credores comuns e benefício dos credores pessoais desse cônjuge. Portanto, subvertendo o fim da sub-rogação, os cônjuges podem utilizá-la para proceder a uma alteração indirecta da composição dos diferentes patrimónios⁶⁸⁰.

Visando o equilíbrio entre os diferentes patrimónios e prevenindo o enriquecimento do património comum à custa do património próprio de um dos cônjuges (ou dos dois) pode a sub-rogação real indirecta ser manipulada de forma a impedir tal fim. Também a doutrina francesa refere que as regras da sub-rogação podem ser utilizadas para alterar a composição das massas patrimoniais. E repare-se que, com a abolição da proibição da

⁶⁷⁹ O mesmo é referido por T. Auletta, *Il diritto di famiglia*, cit., p. 166.

⁶⁸⁰ A situação em que os cônjuges omitem deliberadamente as formalidades da sub-rogação aproximar-se-á da possibilidade prevista na lei espanhola de *atribución voluntaria de ganancialidad* (art. 1355.º do Cód. Civil espanhol), mediante a qual os cônjuges podem atribuir a qualidade de bem comum a qualquer bem adquirido a título oneroso durante o casamento.

Por seu lado, as declarações dos cônjuges acerca do carácter próprio dos valores empregues na aquisição podem aproximar-se da *confesión de privacidad de bienes*, prevista no art. 1324.º do Cód. Civil espanhol e que afasta a presunção de *ganancialidad* do art. 1361.º do mesmo código (a confissão de um dos cônjuges basta para provar que determinados bens são próprios do outro, ainda que sem prejuízo dos direitos dos credores comuns e dos de cada um dos cônjuges adquiridos antes da confissão e respectiva inscrição no registo predial, ou seja, os credores comuns podem considerar o bem como comum mesmo que um dos cônjuges o tenha declarado próprio do outro, e os credores próprios do cônjuge que declara podem recorrer às normas legais para entender que o bem é do seu devedor). Não prevendo o art. 1355.º do Cód. Civil espanhol a protecção dos terceiros credores como faz o art. 1324.º do Cód. Civil espanhol, à partida salvaguardados pelo direito à compensação, é evidente que podem os cônjuges com a atribuição da *ganancialidad* afectar direitos de terceiros credores (se, p. ex., se renuncia à referida compensação). Resta-lhes o recurso aos meios gerais de reacção contra a fraude ou a impugnação pauliana, além de poderem recorrer ao art. 1373.º do Cód. Civil espanhol, executando bens comuns por dívidas próprias no caso de insuficiência de bens próprios do devedor (M. Amorós Guardiola, *et alii*, ob. cit., p. 1635 e 1636 e A. López/V.L. Montés/E. Roca, *et alii*, ob. cit., p. 214). Em sentido diferente, Garrido de Palma, “El matrimonio y su régimen económico”, in AAVV, *El nuevo derecho de familia español*, cit., p. 184, Tomás Giménez Duart, “Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ano LVIII, 1982, p. 121, e Juan Cadarso Palau, *Sociedad de gananciales y participaciones sociales*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 70, que consideram aplicável ao art. 1355.º do Cód. Civil espanhol a protecção aos terceiros conferida pelos arts. 1324.º e 1317.º do Cód. Civil espanhol, ou seja, a atribuição voluntária não afectará terceiros credores que possam ficar prejudicados com a mesma.

Tais institutos do direito espanhol são apenas aplicações do princípio geral da possibilidade de alterar as convenções matrimoniais (art. 1326.º do Cód. Civil espanhol) e da livre contratação entre os cônjuges, consagrada desde 1981 (art. 1323.º do Cód. Civil espanhol). Se os cônjuges podem livremente contratar entre si também podem estipular que um bem adquirido a terceiro ingresse no património próprio de um dos cônjuges ou no património comum, conforme entenderem. V., A. Cabanillas Sánchez, *loc. cit.*, p. 232, e M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, cit., pp. 361-363. C. Ribera Pont, “La atribución de ganancialidad del artículo 1.355 del Código Civil”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ano LVI, 1983, p. 1416, chama a atenção, porém, para o facto de a livre contratação entre os cônjuges não significar que possam os mesmos alterar, sem obediência a certas regras, a natureza comum ou própria de um determinado bem, já que estão em causa problemas de protecção de terceiros, de segurança do tráfego jurídico, o carácter imperativo das normas e até problemas de ordem fiscal.

compra e venda entre cônjuges na Reforma de 1985, pode estar em causa um bem do outro cônjuge ou um bem comum. A falsa declaração de que os valores, empregues na aquisição de um bem pertencente a um dos cônjuges pelo outro, eram próprios realiza uma transferência a favor do cônjuge adquirente⁶⁸¹.

Em todo o caso, demonstrando-se o empobrecimento de um dos patrimónios restará sempre o recurso a uma compensação, como já referimos.

Importa referir que a menção da proveniência dos valores utilizados deve poder ficar sujeita a impugnação por terceiros, nomeadamente, credores, sob pena de um mecanismo que visa a preservação do equilíbrio patrimonial constituir um meio de defraudar direitos de terceiros. Pode, de facto, acontecer que os cônjuges atribuam a natureza de bens próprios a valores que são comuns (ou deixar que os bens integrem a comunhão quando deveriam ser próprios com prejuízo para os credores pessoais do cônjuge cujo património foi diminuído)⁶⁸². Os credores comuns devem poder demonstrar que a qualificação dada pelos cônjuges não correspondeu à verdade e afecta, por isso, a garantia patrimonial dos seus créditos⁶⁸³.

Ora, não é a esta situação que se refere o art. 1696.º, n.º 2, al. c), que aborda a sub-rogação de bens comuns. Por isso, e como entendem os autores citados, não há razão para se exigir os requisitos de prova previstos no art. 1723.º, al. c), nem a lei a vem exigir.

A ressalva à moratória estabelecida no n.º 3 do art. 1696.º, que permitia que a meação do cônjuge devedor fosse executada sem moratória se a dívida proviesse de crime ou outro facto imputável ao mesmo cônjuge (o que protegia o interesse das

⁶⁸¹ V., A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., p. 291.

Por isso, o direito belga prevê a possibilidade de terceiros ou o outro cônjuge exigirem a prova do carácter próprio dos valores utilizados ou da existência da compensação que o cônjuge tem face à comunhão (art. 1402.º, *in fine*, do Cód. Civil belga). V., Léon Raucant, *Droit patrimonial de la famille...*, cit., n.º 185.

⁶⁸² Entre os cônjuges os desequilíbrios patrimoniais podem ser corrigidos pelo mecanismo das compensações no momento da liquidação da comunhão. O problema são os terceiros credores que contam com os bens próprios para pagamento dos seus créditos e podem ser defraudados quando os cônjuges acabam por deixar cair os bens na comunhão, quando os mesmos deveriam ser próprios. Resta-lhes socorrer-se dos meios gerais (como a impugnação pauliana), sendo, porém, difícil que se preencham os seus pressupostos, além de que, muitas vezes, é por mera negligência ou esquecimento que o bem integra a comunhão. V., L. Trevisan, “Tutela dei creditori personali dei coniugi in regime di comunione legale o convenzionale”, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, ano LXXX, parte 1, 1982, pp. 404-409.

⁶⁸³ Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 567. No mesmo sentido, referindo que os terceiros podem demonstrar a existência de uma simulação e da ilegítima exclusão do bem da comunhão, v., Schlesinger, “Del regime patrimoniale della famiglia...”, *ob. e loc. cit.*, sob a direcção de Cian/Oppo/Trabucchi, p. 161, Cospite, “Della comunione legale”, in AAVV, *Commentario breve al Codice Civile*, sob a direcção de Cian/Trabucchi, 4.ª ed., Padova, Cedam, 1992, p. 279, e F. Galgano, *ob. cit.*, p. 109. Schlesinger, *ob. e loc. cit.*, sob a direcção de Carraro/Oppo/Trabucchi, p. 403, considera que a declaração do cônjuge adquirente deve ser susceptível de controlo e contestação seja pelo outro cônjuge seja pelos credores da comunhão.

vítimas desses factos ou o Estado), tinha também precedentes no direito anterior. Regime análogo consagrava o art. 56.º, n.º 11, do Cód. da Estrada – Dec.-Lei n.º 39672, de 20 de Maio de 1954 (quanto à responsabilidade civil por acidentes de viação, segundo o qual se determinava que se o responsável pela indemnização fosse casado, poderia executar-se a sua meação nos bens comuns mesmo antes de dissolvido o matrimónio ou de decretada a separação judicial de bens, embora o outro cônjuge não estivesse conjuntamente obrigado), o art. 160.º do Cód. das Custas Judiciais de 1962, o art. 95.º do Cód. de Processo de Trabalho (para a execução por dívidas provenientes de acidentes de trabalho ou doenças profissionais), o art. 195.º do Cód. de Processo das Contribuições e Impostos (para as multas fiscais), e estabelece ainda hoje (!) o art. 10.º do Cód. Comercial, quanto às dívidas comerciais⁶⁸⁴. Entendeu-se que o credor interessado no cumprimento imediato de dívidas naqueles casos não merecia menor protecção do que o credor das dívidas comerciais.

O art. 10.º do Cód. Comercial foi objecto de controvérsia, tendo até sido considerado como revogado por imposição da al. d) do n.º 1 do art. 1691.⁶⁸⁵

Uma das excepções à moratória do art. 1696.º, n.º 1, constava, na verdade, do art. 10.º do Cód. Comercial: tratava-se das dívidas comerciais de qualquer dos cônjuges, que seriam pagas pela meação dele nos bens comuns, cujo pagamento podia ser exigido,

⁶⁸⁴ Quanto às excepções à moratória, podem ver-se, p. ex., o assento do STJ, de 26.01.1994 (*BMJ*, n.º 433.º, 1994, p. 75); e os ac. do STJ, de 02.11.1989 (<http://www.dgsi.pt>); de 06.07.1993 (*BMJ*, n.º 429.º, 1993, p. 834); e de 06.07.1993 (<http://www.dgsi.pt>); da RL, de 16.05.1978 (*Col. Jurisp.*, tomo III, 1978, p. 941); e de 27.11.1990 (<http://www.dgsi.pt>); da RP, de 21.04.1988 (*Col. Jurisp.*, tomo II, 1988, p. 217); da RC, de 09.10.1990 (*Col. Jurisp.*, tomo IV, 1990, p. 68); e de 05.05.1992 (*Col. Jurisp.*, tomo III, 1992, p. 93); e da RE, de 17.03.1977 (*Col. Jurisp.*, tomo II, 1977, p. 327); e de 28.04.1992 (*Col. Jurisp.*, tomo III, 1992, p. 347).

⁶⁸⁵ Posição defendida por Castro Mendes, “Breve nota...”, *loc. cit.*, pp. 291 e segs., que entendia que o art. 10.º referido já não tinha aplicação, sendo as dívidas comerciais em regra comunicáveis (art. 1691.º, n.º 1, al. d)) e, por isso, não sendo necessário dispensar qualquer moratória (penhorar-se-iam logo os bens comuns demandando para isso os dois cônjuges). Só assim não acontecia no regime de separação, mas aí também não existem bens comuns, não se colocando o problema da moratória e da sua dispensa. Entendia não haver dívidas abrangidas pelo art. 10.º que o não fossem pelo art. 1691.º, n.º 1, al. d). Neste sentido também se pronunciou A. Lopes Cardoso, *A Administração dos Bens...*, *cit.*, p. 245, nota 410. Contra, v., entre outros, Pereira Coelho, *Curso de Direito de Família. Direito matrimonial*, vol. I, tomo 2, 2.ª ed., policopiado, Coimbra, Unitas, 1970, p. 80, nota 1, J. G. Sá Carneiro, “Anotação ao ac. do STJ, de 4 de Janeiro de 1972”, *Revista dos Tribunais*, ano 90.º, 1972, p. 184, e “Os arts. 10.º e 15.º...”, *loc. cit.*, ano 90.º, 1972, pp. 339 e segs., e Vaz Serra, “Anotação ao ac. do STJ, de 11 de Junho de 1976”, *RLJ*, ano 110.º, 1977, p. 190. Refere este último autor que o art. 10.º do Cód. Comercial aplica-se precisamente aos casos em que o credor não pode obter a condenação de ambos os cônjuges, por a dívida ser apenas da responsabilidade do que a contraiu; aos casos em que não é possível, fora do âmbito do art. 10.º, penhorar a meação do cônjuge devedor nos bens comuns. E pode também o credor não querer demandar o cônjuge do devedor. A esta afirmação, Castro Mendes, “Breve nota...”, *ibidem*, respondia afirmando que, nos regimes de comunhão (pois, no regime de separação, não se colocando o problema da moratória por não haver bens comuns, não tem o credor de demandar o cônjuge do devedor), o credor tem de demandar ambos os cônjuges em regime de litisconsórcio necessário e sob cominação de ilegitimidade – art. 19.º do então Cód. de Processo Civil. V. também contra, na jurisprudência, o ac. do STJ, de 11.06.1976 (*BMJ*, n.º 258.º, 1976, p. 203, e *Revista dos Tribunais*, ano 94.º, 1976, pp. 410-413).

de acordo com esse artigo, antes de dissolvido, declarado nulo ou anulado o casamento ou de haver separação judicial de pessoas e bens ou só de bens. Sendo a dívida comercial, mas não sendo comerciante o cônjuge que a contraiu, ou se a dívida é comercial, e comerciante o cônjuge que a contraiu, mas a obrigação nasce de um acto que nenhuma conexão tem com o exercício do comércio do cônjuge devedor, nenhuma aplicação terá a esses casos o disposto na al. d) do n.º 1 do art. 1691.º; mas, ser-lhes-á (*ser-lhes-ia*), em princípio, aplicável a disposição do art. 10.º do Cód. Comercial, em que a protecção especial concedida à actividade mercantil, em geral, e o consequente reforço do crédito, se traduzem na exequibilidade imediata da meação do cônjuge devedor (e não na responsabilidade dos bens comuns, reforçada pela eventual responsabilidade dos bens próprios do cônjuge devedor, como ocorre na acima mencionada al. d) do n.º 1 do art. 1691.º).

A norma do art. 10.º do Cód. Comercial⁶⁸⁶ insere-se num quadro exterior à regra prevista no art. 1691.º, n.º 1, al. d), com que relacionámos o art. 15.º do Cód. Comercial, pois contém um dispositivo aplicável à hipótese de a responsabilidade pela obrigação contraída caber não já a ambos os cônjuges mas apenas a um dos cônjuges.

Segundo o art. 1696.º, n.º 1, na redacção anterior ao Dec.-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, “pelas dívidas da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges respondem os bens próprios do cônjuge devedor e, subsidiariamente, a sua meação nos bens comuns; neste caso, porém, o cumprimento só é exigível depois de dissolvido, declarado nulo ou anulado o casamento, ou depois de decretada a separação judicial de pessoas e bens ou a simples separação judicial de bens”. Ora, esperar pela dissolução ou anulação do casamento, ou mesmo apenas pela separação judicial de pessoas e bens ou só de bens poderia ser complicado. Era neste contexto que intervinha o art. 10.º do Cód. Comercial, ao estatuir que era dispensada a moratória (não seria preciso esperar) quando fosse exigido o cumprimento de uma obrigação emergente de acto de comércio, ainda que este o fosse apenas em relação a uma das partes. Assim, e de acordo com o art. 825.º, n.º 1, do Cód. de Processo Civil (na redacção anterior à actual), podiam ser imediatamente penhorados bens comuns do casal, desde que o exequente, ao nomeá-los à penhora, pedisse a citação do cônjuge do executado para requerer a separação de bens.

⁶⁸⁶ Art. 10.º do Cód. Comercial: “Não há lugar à moratória estabelecida no n.º 1 do art. 1696.º do Código Civil quando for exigido de qualquer dos cônjuges o cumprimento de uma obrigação emergente de acto de comércio, ainda que este o seja apenas em relação a uma das partes”.

Pressupõe, assim, o art. 10.º do Cód. Comercial o preenchimento de certos requisitos: que se trate de dívida da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges, ou seja, que tal obrigação seja incomunicável ao outro cônjuge e, por isso, se inclua no âmbito do art. 1696.º; que o credor, na falta de bens próprios do cônjuge devedor, pretenda obter o pagamento através dos bens correspondentes à meação deste nos bens comuns do casal; que a dívida tenha sido contraída pelo cônjuge comerciante ou não; e que resulte de um acto de comércio, seja ele bilateral ou só unilateralmente mercantil.

Repare-se que para os bens previstos no n.º 2 do art. 1696.º, como não estavam sujeitos à moratória, não fazia sentido invocar o art. 10.º do Cód. Comercial, nem o art. 825.º do Cód. de Processo Civil, não tendo o exequente necessidade de, ao nomear à penhora um dos bens aí contemplados, requerer a citação do cônjuge do executado para requerer a separação de bens⁶⁸⁷.

Com o Dec.-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, alterou-se, significativamente, o regime previsto no art. 1696.º (aboliu-se a moratória do n.º 1 e revogou-se o seu n.º 3), deixando de haver a distinção entre as dívidas que davam lugar à moratória e aquelas que permitiam a imediata execução dos bens comuns, logo que se verificasse a falta ou insuficiência dos bens próprios do cônjuge devedor. Agora todas as dívidas da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges podem levar à penhora (subsidiária) dos bens comuns, sem esperar pela dissolução, anulação ou declaração de nulidade do casamento ou pela separação judicial de pessoas e bens ou só de bens⁶⁸⁸.

O regime anterior, fazendo prevalecer o interesse da família sobre o do credor, era, no mínimo, injusto. O credor que estivesse sujeito ao regime-regra da moratória e que não conseguisse fazer-se pagar pelos bens próprios do cônjuge devedor, tinha de esperar por tempo indefinido o pagamento, por muito avultado que fosse o património comum dos cônjuges.

⁶⁸⁷ Nesse sentido, v., o ac. da RL, de 14.05.1975 (*BMJ*, n.º 248.º, 1975, p. 460). Em sentido contrário, v., o ac. do STJ, de 10.02.1994 (*loc. cit.*), exigindo, no caso do exequente pretender penhorar os bens previstos no art. 1696.º, n.º 2, a citação do outro cônjuge, nos termos do art. 825.º do Cód. de Processo Civil.

⁶⁸⁸ Cfr., entre outros, os ac. do STJ, de 22.04.1997 (*Col. Jurisp. (STJ)*, tomo II, 1997, p. 64); de 05.02.1998 (*BMJ*, n.º 474.º, 1998, p. 369); e de 02.06.1998 (*Col. Jurisp. (STJ)*, tomo II, 1998, p. 104); da RL, de 02.10.1997 (*BMJ*, n.º 470.º, 1997, p. 675); da RP, de 26.05.1994 (*Col. Jurisp.*, tomo III, 1994, p. 221); e da RC, de 03.03.1998 (*Col. Jurisp.*, tomo II, 1998, p. 17).

Relativamente à abolição da moratória, se calhar tardiamente, Pinto Furtado, “Dívidas comerciais ou dos comerciantes e excecutoriedade por dívidas dos cônjuges”, *O Direito*, anos 106.º-119.º, 1974-1987, pp. 35-73, espantava-se com o facto de ainda se manter, no direito familiar, a “obscena moratória forçada que ainda hoje nos governa e surpreendentemente escapou incólume, sem honra nem glória, à reforma de 77”. Por isso, não compreendia o autor as restrições impostas à aplicação do art. 10.º do Cód. Comercial, sendo tal tendência verdadeiramente nefasta, devendo ser combatida, “abrindo a nossa jurisprudência para uma tutela mais eficaz e mais justa dos direitos de crédito, finalmente emancipada de excessos piegas do *favor debitoris*”.

A adjectivação deste regime substantivo, como veremos *infra*, é feita pelo art. 825.º do Cód. de Processo Civil, que, em termos gerais, dispõe que, na falta ou insuficiência de bens próprios do cônjuge devedor, podem ser penhorados bens comuns do casal, contanto que o exequente, ao nomeá-los à penhora, peça a citação do cônjuge do executado para requerer, querendo, a separação de bens. Nos quinze dias após a citação, deve o cônjuge requerer a separação ou juntar certidão comprovativa de outro processo em que aquela já tenha sido requerida. Se o cônjuge do executado não requerer a separação nem juntar a mencionada certidão, a execução prossegue nos bens penhorados. Se apensar o requerimento ou juntar a certidão, a execução fica suspensa até à partilha e tudo dependerá de saber a qual dos cônjuges venham a ser adjudicados os bens penhorados. Se os bens forem, na partilha, adjudicados ao cônjuge devedor, a execução prosseguirá sobre esses bens; se os bens penhorados forem entregues ao outro cônjuge, pode o exequente nomear à penhora outros bens que tenham cabido ao cônjuge devedor.

O principal problema que a natureza jurídica da comunhão como património de mão comum coloca neste contexto é precisamente a necessidade de liquidação e partilha da comunhão para pagamento ao credor. Na verdade, pode haver conluio dos cônjuges com vista a defraudar credores pessoais de um dos cônjuges. Se um dado credor pessoal, seja por a dívida ser própria de um dos cônjuges seja porque o credor não conseguiu provar a sua comunicabilidade (nomeadamente, porque tinha título executivo contra apenas um dos cônjuges, e não queria gastar tempo e dinheiro em acção declarativa – à luz do Cód. de Processo Civil anterior, cujas alterações depois analisaremos - ou desconhecia o estado civil do seu devedor), não conseguir obter o pagamento do seu crédito pelos bens próprios do seu devedor, terá de seguir a tramitação do art. 825.º do Cód. de Processo Civil, podendo mesmo acontecer que o cônjuge devedor se livre dos seus bens e até dos bens comuns (vindo, p. ex., o cônjuge não devedor, em processo de inventário para separação das meações, alegar e provar que apenas existe como bem comum o seu salário como funcionário público) restando ao credor o recurso ao meios normais de impugnação pauliana (perdendo mais tempo e dinheiro)⁶⁸⁹.

⁶⁸⁹ Chamando a atenção para estes problemas, v., Guilarte Gutiérrez, “La sociedad de gananciales: desde la comunidad germánica al caos liquidatorio”, in AAVV, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, sob a direcção de A. Cabanillas Sánchez, *et alii*, tomo III, Madrid, Civitas, 2003, pp. 4691 e segs.

O regime da responsabilidade por dívidas deve ser regulado com a preocupação de protecção dos interesses de terceiros credores, sem descuidar a salvaguarda das relações patrimoniais entre os cônjuges no decurso da vida familiar normal⁶⁹⁰.

O nosso ordenamento jurídico, como, aliás, também os ordenamentos italiano e espanhol, exige toda uma tramitação processual para liquidação da comunhão com vista ao apuramento da meação do cônjuge devedor (para pagamento aos credores). No ordenamento jurídico francês a regra é a de que os bens comuns respondem, em princípio, por todas as dívidas dos cônjuges (cfr. o art. 1413.º do Cód. Civil francês). Por isso, quando respondem os bens comuns respondem na totalidade, ou seja, não está limitada à meação do cônjuge devedor, ao contrário de que acontece entre nós (art. 1696.º) e nos outros ordenamentos⁶⁹¹. O direito alemão, partindo da concepção de

⁶⁹⁰ A. Galasso, *ob. cit.*, pp. 387-389, apresenta a evolução legislativa que conduziu à actual regulamentação do regime da responsabilidade por dívidas no direito italiano, expressão dos referidos interesses salvaguardados pelo legislador. Refere o autor, a propósito da introdução do § 2.º do art. 189.º do Cód. Civil italiano, que permite aos credores pessoais a penhora da meação do cônjuge devedor nos bens comuns, que se visou prevenir o risco de a responsabilidade limitada aos bens próprios do devedor implicar uma actuação fraudulenta que afectasse a garantia patrimonial geral dos credores mediante uma “*comoda operazione di liquidazione ante nuptias e reinvestimento post nuptias dei beni personali dei coniugi*”. V. também, A. Finocchiaro/M. Finocchiaro, *Diritto di famiglia...*, *cit.*, p. 1106. Liguori/Distaso/Santuso, *Commentario del Codice Civile. Disposizioni sulla legge in generale. Delle persone e della famiglia*, vol. I, tomo 1, Torino, Utet, 19, pp. 1070-1073, comentam os arts. 223.º e 224.º do Código Civil italiano de 1942, relativos à comunhão convencional (dado o regime supletivo ser na altura o da separação de bens). Assim, os bens comuns respondiam pelas dívidas que constituíssem encargos ou ónus que onerassem os bens comuns no momento da aquisição, pelas despesas de administração dos bens, pelas dívidas relativas ao sustento da família e pelas dívidas legais de alimentos devidas por qualquer um dos cônjuges (art. 223.º do Cód. Civil italiano). Os bens comuns respondiam ainda por todas as dívidas contraídas pelo marido desde o momento da constituição da comunhão e apenas respondiam pelas dívidas da mulher anteriormente referidas no art. 223.º do Cód. Civil italiano. Mas pelas dívidas contraídas por qualquer um dos cônjuges anteriores à comunhão, não respondiam os bens comuns (art. 224.º do Cód. Civil italiano). V. também, Guido Tedeschi, *ob. cit.*, pp. 734-737. A lei anterior à Reforma de 1942, ainda que apresentando a matéria de forma diversa, não tinha uma regulamentação muito diferente, excluindo também do passivo da comunhão as dívidas contraídas antes da comunhão e que onerassem herança ou doação (art. 1435.º do Código Civil italiano vigente na altura – v., Roberto de Ruggiero, *Istituzioni di Diritto Civile. Diritto di famiglia. Diritti reali e possesso*, vol. II, 7.ª ed., Messina-Milano, Giuseppe Principato, 1934, pp. 157 e 158).

⁶⁹¹ E porque assim é, a doutrina e jurisprudência francesas discutem a questão da protecção dos credores do cônjuge não responsável pela dívida. Ou seja, se pelas dívidas de qualquer um dos cônjuges, e sem prejuízo de eventual compensação ao património comum, respondem os bens comuns no seu todo (art. 1413.º do Cód. Civil francês), pode afectar-se interesses dos credores do cônjuge não devedor (o cônjuge “*in bonis*”) que têm também a expectativa de verem o seu crédito pago com os bens próprios do seu devedor e com os bens comuns. Ora, estes podem, além de declararem o seu crédito no procedimento em curso, ver os seus interesses satisfeitos intentando também procedimento contra o seu devedor tal como os credores do cônjuge contra quem já corre um processo (nomeadamente, de insolvência). V., entre outros, P. Pétel, “Note sous Cass. com., 19 janvier 1993”, *JCP* 1993.II.22056, pp. 203-205, M. Cabrillac/P. Pétel, “Redressement et liquidation judiciaires des entreprises”, *JCP* 1996.I.3960, p. 351, Philippe Simler, *et alii*, “Régimes matrimoniaux”, *JCP* 1996.I.3962, pp. 366 e 367, Derrida, “La situation des créanciers personnels du conjoint du débiteur soumis a une procédure de redressement-liquidation judiciaires: bilan”, *Deffrénois*, ano 117.º, n.º 1, 1997, pp. 353-357, Sylvie Comanzo, “Situation des créanciers de l’époux in bonis en cas de redressement judiciaire du conjoint”, *JCP - La Semaine Juridique notariale et immobilière*, n.º 8, 1998, pp. 279-284, M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 180-182, e Sébastien Robinne, “La situation des créanciers hypothécaires de l’époux *in bonis* en cas de liquidation judiciaire du conjoint : suite et fin ?”, *Droit & Patrimoine*, n.º 81.º, 2000, pp. 38-41.

património de mão comum (§§ 1416.º e 1419.º do BGB), no regime de comunhão, determina também as dívidas pelas quais responde o património comum e aquelas pelas quais não responde. No caso de haver responsabilidade comum, os bens comuns respondem em bloco, sem determinação da meação que possa caber ao cônjuge responsável, mesmo pelas dívidas que sejam da responsabilidade definitiva do património próprio de um dos cônjuges, sendo depois as devidas compensações apuradas no momento da liquidação e partilha. Os bens comuns permanecem como património de mão comum até à sua liquidação e partilha, e só é possível ao credor penhorar a meação do cônjuge nos bens comuns com o fim do regime de comunhão, como dispõe o § 860.º, 2.º, *Zivilprozessordnung* (ZPO). É, portanto, impenhorável a meação no decurso do regime de comunhão (§ 860.º, 1.º, ZPO). Esta solução favorece os interesses dos credores do cônjuge devedor que não terão de aguardar o fim de um processo para exigir o pagamento por bens comuns. Por outro lado, o actuar sobre a meação implicará sempre a separação das meações e o fim do regime de comunhão. É mais seguro para o cônjuge não devedor (e seus eventuais credores) mas prejudica o espírito comunitário do regime matrimonial.

O art. 189.º do Cód. Civil italiano prevê também a responsabilidade subsidiária da meação do cônjuge devedor no património comum, na falta de bens próprios do devedor para pagamento de uma dívida própria. Essa responsabilidade subsidiária (tal como a prevista no art. 190.º do Cód. Civil italiano quanto às dívidas comuns e em relação aos patrimónios próprios dos cônjuges) visou evitar possíveis fraudes provocadas pela existência de dívidas comuns e de dívidas próprias pelas quais responderiam apenas o património comum ou os patrimónios próprios. Procurou-se, assim, salvaguardar a garantia patrimonial dos credores⁶⁹². Em todo o caso, e por outro lado, o credor pessoal de um dos cônjuges pode também ser prejudicado se o seu devedor contrai dívidas no decurso do casamento (mesmo sendo próprias e o credor possa executar todo o seu património – art. 1740.º do Cód. Civil italiano) se todos os seus bens integrarem o património comum. O credor apenas poderá obter o seu pagamento pela sua meação nos bens comuns, podendo ver, assim, reduzida para metade a sua garantia⁶⁹³. O mesmo se diga quanto aos credores da comunhão se um dos cônjuges utiliza bens comuns para a aquisição de bens, p. ex., para o exercício da sua actividade profissional (transferindo,

⁶⁹² V., L. Malagú, “L’espropriazione forzata dei beni della comunione legale coniugale”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XXXI, n.º 2, 1977, pp. 771 e 772.

⁶⁹³ Patrizia di Martino, “Comunione legale, tutela dei creditori...”, *loc. cit.*, p. 343.

assim, bens do património comum para o seu património próprio, sem se verificar o fenómeno da sub-rogação). O credor que poderia garantir o seu crédito com a totalidade do património comum vê este reduzido nesse montante. Mesmo podendo executar o património próprio dos cônjuges só o será na medida da metade (art. 190.º do Cód. Civil italiano) e a título subsidiário⁶⁹⁴.

Pelas dívidas consideradas próprias no direito italiano respondem os bens próprios do cônjuge devedor e, subsidiariamente, a meação deste nos bens comuns (“...*in via sussidiaria sui bene della comunione, fino al valore corrispondente alla quota del coniuge obbligato*” – art. 189.º, 2.º, do Cód. Civil italiano)⁶⁹⁵.

Portanto, o art. 189.º do Cód. Civil italiano regula os casos em que a meação do cônjuge devedor respondeu, por falta de bens próprios, por uma dívida contraída por um dos cônjuges no âmbito de um acto que excede a administração ordinária, e sem consentimento do outro cônjuge⁶⁹⁶, ou por uma dívida própria de um dos cônjuges (como as previstas nos arts. 187.º e 188.º do Cód. Civil italiano). Portanto, haverá responsabilidade subsidiária dos bens comuns, nos termos do art. 189.º do Cód. Civil italiano, no caso de pagamento das dívidas decorrentes de actos estranhos ao interesse da família, de dívidas que onerem os bens próprios dos cônjuges, das dívidas contraídas no exercício da profissão ou da empresa individual de um dos cônjuges, das dívidas relativas ao ressarcimento de danos causados pela prática de facto ilícito imputável a um dos cônjuges, das dívidas originadas por um acto de administração extraordinária de um dos cônjuges⁶⁹⁷, das dívidas contraídas pelos cônjuges antes do casamento... A

⁶⁹⁴ Patrizia di Martino, “Comunione legale, tutela dei creditori...”, *loc. cit.*, pp. 360-363. Por isso, a autora defende o recurso à acção pauliana para protecção dos credores comuns, tal como é possível o recurso à mesma pelos credores pessoais de um dos cônjuges na situação inversa (pp. 363-369). É também atendendo a esta preocupação de proteger os credores que C. Coltro Campi, “Comunione legale e operazioni su titoli: considerazioni”, *Banca borsa e titoli di credito*, ano XL, n.º 1, 1977, p. 375, chama a atenção, no domínio das operações cambiárias ou bancárias, para a necessidade de o credor se garantir não só com os bens do seu devedor mas assegurar-se de que os bens que o seu devedor parece proprietário lhe pertencem efectivamente, além de se dever também salvaguardar com uma co-responsabilidade do outro cônjuge.

⁶⁹⁵ Como refere L. Brusuglia, *ob. e loc. cit.*, p. 346, esta é das poucas normas que faz uma referência à “quota”, não no sentido de considerar a comunhão como uma compropriedade entre os cônjuges, mas apenas para limitar a medida em que os bens comuns podem ser executados pelo credor pessoal de um dos cônjuges.

⁶⁹⁶ O que se articula com o art. 180.º, 2.º, do Cód. Civil italiano. Importa notar que a prática de um acto de administração extraordinária sem consentimento do outro cônjuge, é, para efeitos de responsabilidade, um acto eficaz, cuja consequência é apenas a vinculação, como dívida pessoal, do cônjuge que o praticou. V., Francesco Galgano, *ob. cit.*, p. 117.

⁶⁹⁷ Independentemente de visar o interesse da família. Se, porém, houver o consentimento dos dois cônjuges, ou a convalidação do acto, ou a não anulação do mesmo dentro do prazo de um ano (art. 184.º do Cód. Civil italiano), a dívida será comum e por ela respondem, em primeira linha, os bens comuns e só subsidiariamente os bens próprios, nos termos do art. 190.º do Cód. Civil italiano. V., Bruno de Filippis, *ob. cit.*, p. 288. É evidente que a necessidade do consentimento do outro cônjuge para a prática de

possibilidade do credor do cônjuge poder penhorar bens comuns, introduzida pela Reforma de 1975, constitui obviamente um reforço da garantia dos credores pessoais do cônjuge, que à garantia geral do art. 2740.º do Cód. Civil italiano, vêm acrescentar a meação do devedor nos bens comuns, não obstante a preferência dada aos credores comuns no art. 189.º, 2.º, *in fine*, do Cód. Civil italiano (apesar da deficiente competência técnica do legislador na redacção do art. 189.º do Cód. Civil italiano, já que os dois parágrafos são idênticos)⁶⁹⁸. De facto, se os credores pessoais não pudessem executar a meação do cônjuge devedor, na insuficiência de bens próprios, o regime de comunhão permitiria facilmente ao cônjuge que contraísse dívidas antes do casamento e investisse a soma correspondente, no decurso do casamento, na aquisição de bens que integrassem o património comum, retirar a garantia patrimonial aos credores pessoais.

A norma do art. 189.º do Cód. Civil italiano não determina como se procede àquela responsabilização, entendendo-se que o credor pessoal do cônjuge, quando não saiba da existência de outros bens próprios do devedor, poderá executar bens comuns, na mesma acção executiva, cabendo ao cônjuge devedor a prova da existência de outros bens próprios, ou seja, o benefício da excussão prévia⁶⁹⁹. Deverá, nesse sentido, observar-se

actos de administração extraordinária reporta-se ao art. 180.º, 2.º, do Cód. Civil italiano, ou seja, quanto aos bens comuns. Os actos relativos aos bens próprios do cônjuge não carecem de tal consentimento.

⁶⁹⁸ Há autores que entendem que o art. 189.º do Cód. Civil italiano prevê duas categorias de credores: os credores *personali* (§ 1.º) e os credores *particolari* (§ 2.º), ainda que a maioria entenda que a deficiente redacção legislativa não visa distinguir as situações. P. ex., Santosuosso, *Commentario del Codice Civile. Delle persone e della famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 283, e *Beni ed attività economica...*, cit., p. 168, entende que o § 1.º refere as dívidas contraídas por um dos cônjuges, no decurso da comunhão, para administração de bens comuns sem o consentimento do outro cônjuge, enquanto que o § 2.º regula os créditos particulares de um dos cônjuges, ou seja, relativos a actos estranhos à administração dos bens comuns ou dívidas contraídas antes da comunhão. E neste sentido também se pronunciou o tribunal de Nápoles na decisão de 6 de Abril de 1990, referida por T. Auletta, “Il regime patrimoniale della famiglia e la comunione legale”, in AAVV, *Casi e questioni di diritto privato...*, cit., vol. III, pp. 297-310. V., sobre algumas críticas, A. Galasso, *ob. cit.*, pp. 427 e 428.

⁶⁹⁹ Posição da doutrina prevalente. V., p. ex., Schlesinger, *ob. e loc. cit.*, sob a direcção de Carraro/Oppo/Trabucchi, p. 434, A. Pino, *Il Diritto di Famiglia*, Padova, Cedam, 1977, p. 116, Corsi, *ob. cit.*, pp. 162-164, Santosuosso, *Commentario del Codice Civile. Delle persone e della famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 287, e *Beni ed attività economica...*, cit., pp. 170 e 171, A. Finocchiaro/M. Finocchiaro, *Diritto di famiglia...*, cit., pp. 1098 e 1099, M. Gionfrida Daino, *ob. cit.*, pp. 64 e 65, Mario Porzio, “Debiti personali del coniuge ed espropriazione dei beni in comunione legale”, *Diritto e Giurisprudenza*, ano 102.º, vol. XLIII, 1987, p. 809, F. Parente, “La responsabilità sussidiaria dei beni della comunione legale per debiti personali”, *Giur. It.*, ano 140.º, I, 2, 1988, p. 830, e “I parametri della parziarietà...”, *loc. cit.*, p. 1867, Pasquale Stanzone, “Obbligazione contratta dal coniugi...”, *ob. e loc. cit.*, pp. 280 e 281, Mastropalolo/Pitter, *ob. e loc. cit.*, p. 262, Patrizia di Martino, “La comunione legale tra coniugi: la responsabilità...”, *ob. e loc. cit.*, p. 231, Gabrielli/Cubeddu, *ob. cit.*, pp. 165-167, Ugo Minneci, *ob. e loc. cit.*, p. 369, Bruno de Filippis, *ob. cit.*, p. 282, e F. Tassinari, *ob. e loc. cit.*, p. 148.

Uma outra corrente doutrinal entende que o credor pessoal só pode penhorar bens comuns se, em prévia acção executiva contra o devedor, se demonstrar a insuficiência ou inexistência de bens próprios deste (semelhante ao disposto no art. 2270.º do Cód. Civil italiano, no caso de credor pessoal do sócio de uma sociedade pretender penhorar bens desta relativos à quota do sócio). Solução demasiado gravosa para o credor que terá de distinguir, sem um sistema de publicidade eficaz nesse sentido, quais os bens comuns e quais os bens próprios. V., Gargano, “La pubblicità dei rapporti patrimoniali tra coniugi nel nuovo diritto di famiglia”, *Il Diritto di*

o disposto nos arts. 599.º e segs. do Cód. de Processo Civil italiano, permitindo-se, em termos paralelos ao disposto no art. 825.º do nosso Cód. de Processo Civil, a penhora da meação do cônjuge devedor sem dissolução do casamento. Com efeito, constituindo a comunhão um património autónomo é-o de modo imperfeito, não sendo possível determinar, no decurso da mesma, o que é comum ou próprio dos cônjuges e qual a meação de cada um dos cônjuges.

O credor pessoal do cônjuge devedor pode executar os bens comuns, na medida da metade tendo por base a totalidade do património comum. Como refere F. Parente, antes da Reforma de 1975 não havia norma que previsse a possibilidade de executar os bens comuns por dívidas próprias dos cônjuges antes da dissolução da comunhão^{700 701}. Por isso, só a partir daí começam a colocar-se os problemas de interpretação.

Apesar das divergências na doutrina e jurisprudência, é pacífico que não é possível executar (nos termos dos arts. 599.º do Cód. de Processo Civil italiano, relativos à execução de bens indivisos) por inteiro a quota do cônjuge obrigado nos bens comuns, seja por não ser possível a dissolução e liquidação da comunhão por essa forma (art. 191.º do Cód. Civil italiano) seja por não ser de admitir a entrada de um terceiro, o credor, como titular de bens da comunhão. Discutível é a interpretação a dar à expressão “quota do cônjuge”. Com efeito, pode interpretar-se no sentido de (1) a execução e penhora recaírem sobre a totalidade dos bens comuns, atribuindo-se ao cônjuge não devedor a sua parte, e sem prejuízo da possibilidade desse cônjuge (não devedor) se opor à execução de bens que excedam a quota correspondente ao cônjuge devedor (sendo certo que o credor pode executar a comunhão por inteiro e não *pro quota*: posição a afastar pelas razões mencionadas acima); (2) ou, numa variante da anterior, incidir a execução sobre a totalidade dos bens comuns mas só podendo o credor obter na venda executiva o valor da quota do devedor – diverge da posição seguinte por ter por

Famiglia e delle Persone, ano V, 1976, p. 321, L. Malagú, *loc. cit.*, pp. 779 e 780, De Paola/A. Macri, *ob. cit.*, p. 198, De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia...*, *cit.*, pp. 619 e 620 e pp. 626 e 627, e *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato...*, *cit.*, pp. 703 e 704, e pp. 709 e 710.

Pode ainda entender-se a subsidiariedade do art. 189.º, 2.º, do Cód. Civil italiano, no sentido de o credor ter de requerer ao devedor a indicação prévia dos seus bens pessoais e, caso este nada indique, poderá penhorar os bens comuns (semelhante ao previsto no art. 1268.º, 2.º, do Cód. Civil italiano), solução que não se compreende pois o sujeito passivo da execução e o destinatário do requerimento são os mesmos. V., sobre as três posições, M. Verzera, *ob. e loc. cit.*, pp. 628-631 e, com uma análise da jurisprudência, A. Fusaro, *ob. cit.*, pp. 471-478.

⁷⁰⁰ F. Parente, “La responsabilità sussidiaria...”, *loc. cit.*, p. 825.

⁷⁰¹ A única exceção em que o credor pessoal podia agir sobre o património comum antes da partilha era prevista no art. 14.º, 2.º, do Código Comercial de 1882, que previa a possibilidade de as dívidas da mulher comerciante serem suportadas pelos “*utili della comunione*” – Messineo, *La natura giuridica della comunione coniugale dei beni*, Roma, Athenaeum, 1920, p. 212.

base não bens determinados mas a comunhão por inteiro, os bens na sua globalidade – solução preconizada pela decisão do Tribunal de Prato, de 21 de Novembro de 1985 (*Giur. It.*, I, 2, 1988, pp. 824 e segs.)⁷⁰²; (3) ou ainda, incidir a execução sobre quaisquer bens determinados da comunhão, sendo que o credor só poderá penhorar e obter metade do valor desses bens (50%), com recurso às regras da indivisão (arts. 599.º e segs. do Cód. de Processo Civil italiano), ou seja, a execução incide sobre a quota – solução defendida pela sentença do Tribunal de Génova, de 30 de Janeiro de 1982 (*Giur. It.*, ano CXXXIV, I, 2, 1982, p. 440, e *Giur. Mer.*, ano XIV, 1982, p. 804)^{703 704}.

A primeira solução apresenta o inconveniente de privar o outro cônjuge da titularidade da quota dos bens penhorados, contentando-se com o correspondente em dinheiro, que será normalmente inferior, na venda executiva, ao valor de mercado do bem. A segunda solução parte de uma concepção de contitularidade do património

⁷⁰² P. ex., se o valor dos bens comuns é de 20.000€, o credor pessoal pode actuar sobre a totalidade dos bens até ao valor de 10.000€.

V., Attardi, “Aspetti processuali del nuovo diritto di famiglia”, in AAVV, *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, sob a direcção de Carraro/Oppo/Trabucchi, vol. I, tomo II, Padova, Cedam, 1977, p. 946, nota 2, e “Profili processuali della comunione legale dei beni”, *Rivista di Diritto Civile*, ano XXIV, I, 1978, pp. 29-47, De Paola/A. Macri, *ob. cit.*, p. 198 (referindo que a execução incide sobre os bens comuns por inteiro e não atendendo à quota em cada bem determinado, como a terceira posição), Corsi, *ob. cit.*, pp. 165-168, Cian/Villani, *loc. cit.*, pp. 372-374, F. Parente, “La responsabilità sussidiaria...”, *loc. cit.*, p. 829 (entende que esta é a posição que melhor articula o art. 189.º do Cód. Civil italiano com as compensações do art. 192.º, 2.º, do mesmo código), Pasquale Stanzoni, “Obbligazioni...”, *loc. cit.*, pp. 279 e segs., De Paola, *Il diritto patrimoniale...*, *cit.*, pp. 628-633, e *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato...*, *cit.*, pp. 711-715, Cospite, *ob. e loc. cit.*, p. 287, Gabrielli/Cubeddu, *ob. cit.*, p. 169 e pp. 172 e 173, L. Brusciuglia, *ob. e loc. cit.*, p. 357, F. Galgano, *ob. cit.*, p. 118, Bruno de Filippis, *ob. cit.*, p. 288, Ugo Minneci, *ob. e loc. cit.*, p. 377, e A. Galasso, *ob. cit.*, pp. 432-442. Também M. Acone, “Spunti critici e ricostruttivi in tema di espropriazione dei beni della comunione legale coniugale”, *Rassegna di diritto civile*, n.º 1, 1980, p. 9, ainda que seja crítico em relação às duas posições.

⁷⁰³ As decisões jurisprudenciais referidas, defensoras de uma e outra posição, são analisadas por Raffaele Caravaglios, *ob. cit.*, tomo II, pp. 812-816 e pp. 820-824, M. Dogliotti, “La comunione legale”, in AAVV, *Giurisprudenza del diritto di famiglia...*, *cit.*, sob a direcção de Mario Bessone, pp. 268-272, e A. Fusaro, *ob. cit.*, pp. 466-471.

⁷⁰⁴ L. Malagú, *loc. cit.*, pp. 788-792, A. Finocchiaro/M. Finocchiaro, *Diritto di famiglia...*, *cit.*, pp. 1112 e 1113, A. Natucci, “Gli atti di amministrazione straordinaria del coniuge in regime di comunione legale”, *Quadrimestre – Rivista di Diritto Privato*, n.º 1, 1988, p. 122, nota 15, Grasso, “Comunione legale ed espropriazione della quota del coniuge personalmente obbligato”, *Rivista di Diritto Civile*, ano XXXIV, I, 1988, pp. 400-407 (aplicando os arts. 599.º e segs. do Cód. de Processo Civil italiano, relativos à propriedade), F. Mastropaolo/P. Pitter, *ob. e loc. cit.*, pp. 271 e 272 (defendendo a manutenção da comunhão e a não determinação exacta da meação dos cônjuges, optam pela penhora da quota), L. Barbiera, *ob. e loc. cit.*, pp. 572 e 573, e T. Auletta, *Il diritto di famiglia*, *cit.*, pp. 181 e 182. Schlesinger, *ob. e loc. cit.*, sob a direcção de Carraro/Oppo/Trabucchi, pp. 435 e 436, defende também uma execução limitada à quota: a primeira solução implicaria a possibilidade de o credor alargar a sua garantia patrimonial a bens (a outra metade) que não pertencem ao seu devedor, bem como pode entrar a execução por essa razão; o mesmo se diga da segunda posição. Assim, acolhe a terceira posição: face aos credores pessoais a comunhão não surge como comunhão universal mas como “*comunioni separate*”. A solução é a que, ainda que não seja a mais favorável ao credor, mais protege o outro cônjuge que, assim, não é prejudicado pela acção que os credores do outro intentem contra os bens comuns.

Como refere F. Parente, “La responsabilità sussidiaria...”, *loc. cit.*, pp. 828 segs., entre a segunda e a terceira posições varia o limite da penhora: o valor da quota que cabe ao devedor na comunhão total ou o valor da quota indivisa que cabe ao cônjuge devedor nos bens determinados executados.

comum, aproximando a comunhão da compropriedade, por forma a que o credor possa executar os bens no limite do valor da quota. Ora, para estabelecer o valor da quota que o credor pode executar é preciso saber o valor de todo o património, o que nem sempre acontece; há o risco de o credor agredir a quota do outro cônjuge; permitindo-se a liquidação da quota a favor do credor, admite-se a dissolução da comunhão por uma causa não prevista no art. 191.º do Cód. Civil italiano; a quota não executada permanece na comunhão, com o risco dos credores pessoais do cônjuge recaírem sobre ela em nova execução. É evidente que pode o cônjuge não devedor requerer a dissolução da comunhão legal ou acordar com o seu cônjuge uma alteração do regime de bens⁷⁰⁵. À terceira posição aponta-se o facto de se se penhorar a quota de bens determinados, a comunhão legal dissolve-se em relação a esses bens (equiparando-se por analogia, para efeitos de dissolução da comunhão (art. 191.º do Cód. Civil italiano) a insolvência ao processo executivo)⁷⁰⁶, o que deixa sem sentido o art. 192.º, 2.º, do Cód. Civil italiano, segundo o qual o cônjuge devedor deve reembolsar o património comum quando este pagou dívidas próprias⁷⁰⁷. Gionfrida Daino e Gabrielli e Cubeddu entendem que só tem sentido o art. 192.º, 2.º, do Cód. Civil italiano, e o dever de reembolso, se a comunhão se mantiver quanto aos bens não executados, não passando os bens a pertencer exclusivamente ao cônjuge não devedor, e tal só se compreende se a execução incidir sobre a comunhão por inteiro^{708 709}.

⁷⁰⁵ L. Brusciuglia, *ob. e loc. cit.*, p. 359. Para Ernesto Briganti, "Procedure esecutive e comunione legale", in AAVV, *La comunione legale - Problematiche e questioni a venticinque anni dalla riforma*, cit., p. 157, o remédio de o cônjuge do executado requerer a separação parece pior que o mal, dado que se força esse cônjuge a abdicar da contitularidade nos proventos futuros da comunhão.

⁷⁰⁶ Ernesto Briganti, *ob. e loc. cit.*, p. 157.

⁷⁰⁷ O obstáculo apontado a propósito das compensações é referido, p. ex., na decisão do Tribunal de Nápoles, de 06.04.1990. V., M. Sesta, "Il dovere di contribuzione ai bisogni della famiglia", in AAVV, *Casi e questioni di diritto privato...*, cit., vol. III, cit., pp. 302 e 303. T. Auletta, *Il diritto di famiglia*, cit., p. 182, entende não ser de reembolsar o património comum nesse caso, dado que o outro cônjuge mantém a sua quota na comunhão (!).

⁷⁰⁸ M. Gionfrida Daino, *ob. cit.*, pp. 61 e 62, e Gabrielli/Cubeddu, *ob. cit.*, p. 169.

⁷⁰⁹ Entre nós, e face ao art. 825.º do Cód. de Processo Civil, não há dúvidas de que a separação requerida pelo cônjuge e o pagamento pela meação do cônjuge devedor tem em vista a totalidade dos bens comuns e não apenas os penhorados. Mas a posição contrária, no sentido de que a separação se reportava apenas aos bens penhorados, permanecendo a comunhão em relação aos restantes, chegou a ser sustentada, p. ex., na *RLJ*, ano 26.º, 1893/94, pp. 104-108, e por José Mendes Martins, *ob. cit.*, p. 71, e Adriano Anthero, *Comentário ao Código Commercial Portuguez*, vol. I, 2.ª ed., Porto, Companhia Portuguesa Editora, s.d., p. 62. V., Dias Ferreira, *ob. cit.*, p. 357, Alberto dos Reis, *Execução por dívidas dos cônjuges*, Coimbra, Coimbra Editora, 1931, p. 60, Anselmo de Castro, *A acção executiva singular...*, cit., p. 115, nota 3, e Eurico Lopes-Cardoso, *Manual da acção executiva*, 3.ª ed. (reimpressão), Coimbra, Almedina, 1992, p. 325, nota 3. Além disso, e ao contrário do que se defendia no caso de existir moratória - o credor apenas poderia penhorar a meação do cônjuge devedor nos bens comuns e não bens comuns determinados e especificados, dado que, enquanto não houvesse partilha não se sabia sobre que bens viria a recair a meação do devedor. Por isso, qualquer penhora que recaísse sobre um bem concreto, fosse no seu todo fosse apenas numa suposta meação de devedor nesse bem, seria

Esta responsabilidade subsidiária é diferente de todas as outras, dado que não se trata de uma responsabilidade subsidiária de um sujeito em relação a outro, mas de uma garantia subsidiária de certos bens em relação a outros do mesmo devedor.

O § 2.º do art. 189.º do Cód. Civil italiano (e o mesmo se deve aplicar ao § 1.º segundo alguns autores)⁷¹⁰ estipula que aos credores pessoais quirográficos (não munidos de um direito real de garantia) do cônjuge devedor prevalecem os credores comuns, ou seja, os credores pessoais podem a título subsidiário penhorar bens comuns, mas com preferência dos credores comuns. Não refere, porém, a posição dos credores pessoais munidos de uma hipoteca, penhor ou privilégio. Não sendo de os equiparar aos credores comuns, entende-se que o legislador pretendeu que tais credores pessoais possam invocar a sua garantia nos termos gerais e aí com preferência sobre os credores comuns⁷¹¹.

Pelas dívidas próprias previstas no direito espanhol⁷¹² estipula o art. 1373.º do Cód. Civil espanhol⁷¹³ a responsabilidade do património próprio do cônjuge que contraiu a

objectivamente ilegal por ser contrária aos arts. 1696.º, n.º 1, do Cód. Civil, e 825.º do Cód. de Processo Civil. Isto muito embora o credor pudesse penhorar bens comuns concretos ao abrigo do art. 1696.º, n.º 2. Mas estes bens não estavam sujeitos ao regime do art. 825.º do Cód. de Processo Civil e à necessidade da partilha para responderem por dívidas próprias do cônjuge devedor. V., Alberto dos Reis “Se a penhora dá direito de preferência...”, *loc. cit.*, p. 213, e *RLJ*, ano 88.º, 1955/56, pp. 87-90, e Rui Pinto, *A penhora por dívidas dos cônjuges*, Lisboa, Lex, 1993, p. 26 -, a penhora solicitada pelo exequente é sobre bens concretos, como decorre do art. 825.º do Cód. de Processo Civil (v., p. ex., o n.º 7: “ (...) se, por esta, os bens penhorados não couberem ao executado, podem ser penhorados outros que lhe tenham cabido, permanecendo a anterior penhora até à nova apreensão”). V., Paula Costa e Silva, “Impugnação pauliana e execução”, *Cadernos de Direito Privado*, n.º 7 (Julho/Setembro), 2004, p. 60. Contra, Fernando Amâncio Ferreira, *Curso de Processo de Execução*, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 183, ao referir que não podem penhorar-se bens determinados, mas apenas a meação do cônjuge devedor nos bens comuns. Entendemos que, de facto, o que o credor pode penhorar é a meação do seu devedor nos bens comuns, mas que se traduz na penhora de bens concretos, podendo afastar-se essa penhora inicial e incidir a mesma sobre outros bens uma vez apurada a meação que cabe ao executado no caso de se proceder à liquidação e partilha da comunhão em consequência da execução. Aliás, a alteração da epígrafe do art. 825.º do Cód. de Processo Civil, com a revisão de 1995/96, de “penhora da meação em bens do casal” para “penhora de bens comuns do casal” traduz precisamente isso.

⁷¹⁰ Schlesinger, *ob. e loc. cit.*, sob a direcção de Carraro/Oppo/Trabucchi, p. 433, e Mastropaolo/Pitter, *ob. e loc. cit.*, pp. 258 e segs. Contra, G. Oppo, “Responsabilità patrimoniale...”, *loc. cit.*, p. 116, De Paola/A. Macri, *ob. cit.*, p. 197, nota 164, Corsi, *ob. cit.*, p. 165, Santosuosso, *Commentario del Codice Civile. Delle persone e della famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia*, *cit.*, p. 283, M. Gionfrida Daino, *ob. cit.*, p. 58, e De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale...*, *cit.*, p. 602, e *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato...*, *cit.*, p. 688.

⁷¹¹ L. Trevisan, *loc. cit.*, p. 403, C. M. Bianca, *ob. cit.*, p. 96, e Mastropaolo/Pitter, *ob. e loc. cit.*, pp. 277 e 278.

⁷¹² Como refere Nuria Hernández Rueda, *ob. cit.*, pp. 72-75, as dívidas *privadas* não são só as que o sejam do ponto de vista externo (ou seja, aquelas pelas quais os credores podem directamente executar os bens comuns, ainda que estes não respondam por elas a título definitivo), mas também as dívidas internamente privadas, isto é, aquelas pelas quais os credores não podem actuar directamente sobre os bens comuns. Ora, as dívidas externamente privadas não responsabilizam os bens comuns nos estritos termos do art. 1373.º do Cód. Civil espanhol, já que os bens comuns respondem directa e solidariamente por tais dívidas, sem prejuízo das compensações a nível interno. Só as dívidas externa e internamente privadas responsabilizam os bens próprios e os comuns nos termos do art. 1373.º do Cód. Civil espanhol (ou aquelas que até podiam ser pagas com os bens comuns mas o credor não conseguiu provar os seus pressupostos e, por isso, caem no regime do art. 1373.º do Cód. Civil espanhol).

dívida. Se os bens próprios do devedor⁷¹⁴ não forem suficientes para o pagamento da dívida o credor pode executar os bens comuns⁷¹⁵. O que não deixa de ser ainda a tradução da regra do art. 1911.º do Cód. Civil espanhol, dado que a parte nos bens comuns que cabe ao cônjuge devedor também lhe pertence (ainda que não definida antes da liquidação da comunhão)⁷¹⁶. Repare-se que a execução incide sobre os bens comuns, ainda que limitados à parte que cabe ao devedor no património comum, mas não, de princípio, sobre a meação do cônjuge devedor (situação que só ocorre no caso de liquidação se o outro cônjuge embargar a execução). O que se compreende dado que o património comum constitui um património de mão comum, não sendo possível determinar o que é de cada cônjuge sem a sua liquidação e respectiva partilha. Como no nosso ordenamento jurídico, quando haja penhora de bens comuns sem que o cônjuge não executado se pronuncie na execução nem requeira a separação de bens (v., o art. 1696.º, n.º 1, do Cód. Civil, e art. 825.º do Cód. de Processo Civil), situação em que a execução prossegue sobre os bens comuns penhorados (e não especificamente sobre a meação do devedor, não implicando, assim, a liquidação e partilha da comunhão), no ordenamento jurídico espanhol é possível o pagamento aos credores pessoais do cônjuge por bens comuns (e não exactamente a meação que cabe ao devedor), sem liquidação da comunhão. Melhor ficariam acautelados os interesses do cônjuge não devedor se na falta de bens próprios respondesse a meação do devedor nos bens comuns. É que ao permitir-se a execução sobre os bens comuns, os credores podem executar bens que pertencem a um terceiro à relação obrigacional (o não devedor), obrigando-o a adoptar uma posição de alerta, o que torna o preceito legal num instrumento de defesa da integridade patrimonial do cônjuge não devedor por dívidas

⁷¹³ Determina o art. 1373.º do Cód. Civil espanhol uma importante inovação face ao anterior regime previsto no art. 1410.º do Cód. Civil espanhol que referia unicamente as dívidas contraídas pelo marido ou pela mulher antes do casamento e as multas e penas pecuniárias que se lhes impunham, estabelecendo que, ainda que não a título definitivo, podiam satisfazer-se com bens comuns se o cônjuge devedor não tivesse bens próprios ou estes fossem insuficientes (art. 1408.º do Cód. Civil espanhol). No momento da liquidação, haveria compensação ao património comum. Apresentava, assim, o art. 1410.º do Cód. Civil espanhol uma solução parcial, ainda que alguns autores defendessem a sua aplicação a todas as dívidas próprias dos cônjuges.

⁷¹⁴ Deve entender-se como bens próprios os que estejam na titularidade do devedor e não sejam comuns ou presumidamente comuns. Trata-se dos bens que o cônjuge devedor pode dispor sem necessidade do consentimento do seu cônjuge.

⁷¹⁵ A subsidiariedade dos bens comuns face aos bens próprios não implica, para o credor, a prova em acção prévia da ausência de bens próprios. Deve considerar-se como um credor que acciona o fiador com benefício de excussão prévia. Por isso, o cônjuge não devedor pode indicar bens próprios do devedor que possam ser executados (por analogia com o art. 1832.º do Cód. Civil espanhol), além de exigir a substituição dos bens comuns pela parte que cabe ao devedor nos bens comuns. V., Mata Pallares, *loc. cit.*, p. 346, M. Amorós Guardiola, *et alii, ob. cit.*, p. 1747, Arturo Merino Gutiérrez, “El embargo de los bienes de los cónyuges”, in AAVV, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo, cit.*, p. 182.

⁷¹⁶ Nuria Hernández Rueda, *ob. cit.*, pp. 83 e 84.

próprias do cônjuge devedor. De facto, ao pretender executar bens comuns, na falta ou insuficiência dos bens próprios do devedor, será notificado o outro cônjuge que pode exigir a substituição dos bens comuns pela parte que cabe ao cônjuge devedor no património comum (situação em que a execução acarreta a dissolução da comunhão). Neste caso, a execução e penhora recaem sobre os bens que sejam adjudicados ao cônjuge devedor em consequência da liquidação da comunhão (e que passaram a ser seus bens próprios), devendo o tribunal fixar um prazo razoável para a determinação desses bens, sob pena de a execução prosseguir sobre os bens comuns iniciais. Caso não exerça tal faculdade, a execução prossegue sobre os bens comuns penhorados. Pode ainda, apesar de não expressamente referido no art. 1373.º do Cód. Civil espanhol, o cônjuge não devedor indicar bens próprios do devedor que possam ser executados (por analogia com o art. 1832.º do Cód. Civil espanhol)⁷¹⁷.

Nuria Hernández Rueda refere que o equilíbrio de interesses que se pretende acautelar no art. 1373.º do Cód. Civil espanhol não é plenamente alcançado, dado que os interesses do cônjuge não devedor, na prática, são escassamente protegidos. De facto, o art. 1373.º do Cód. Civil espanhol não protege convenientemente o cônjuge do devedor (dando-lhe a escolher entre dissolver a comunhão ou permitir a execução nos bens comuns), cria um mecanismo complexo, sem apoio na parte processual e registal, não protege os credores comuns (não determinando qualquer preferência destes sobre os bens comuns quando não haja dissolução da comunhão) e também não protege o cônjuge devedor (que fica sujeito à decisão tomada pelo seu cônjuge)⁷¹⁸.

Tratando-se de uma dívida própria e não havendo bens do cônjuge devedor, o credor pode obter o pagamento mediante bens comuns (art. 1373.º do Cód. Civil espanhol). Se

⁷¹⁷ C. Saiz García, *ob. cit.*, pp. 77-80, qualifica estas três hipóteses que decorrem do art. 1373.º do Cód. Civil espanhol, e que surgem pela notificação da execução ao cônjuge não devedor, como de grau máximo (se o não devedor não se opõe e a execução prossegue nos bens comuns penhorados), de grau médio (se o não devedor se opõe, implicando a liquidação da comunhão para apuramento das meações de cada cônjuge nos bens comuns) e de grau mínimo (se o não devedor requer a substituição dos bens comuns penhorados por bens próprios do devedor).

⁷¹⁸ Nuria Hernández Rueda, *ob. cit.*, p. 86 e pp. 90 e 91. Para uma análise processual, v. ainda pp. 93 e segs. Por sua vez, Guilarte Gutiérrez, “La sociedad de gananciales: desde la comunidad germánica al caos liquidatorio”, *ob. e loc. cit.*, p. 4691 e segs., chama a atenção para a fraca protecção ao credor conferida pelo art. 1373.º do Cód. Civil espanhol e pela lei processual no caso de liquidação da comunhão para pagamento de dívidas próprias de um dos cônjuges. Defende que melhor seria estipular a possibilidade de, por qualquer dívida dos cônjuges, responderem os bens comuns sem prejuízo das devidas e ulteriores compensações entre os patrimónios, como decorre do art. 1413.º do Cód. Civil francês. E nesse sentido também se pronuncia Serrano Alonso, *et alii*, *ob. cit.*, p. 91. Por sua vez, Camino Sanciñena Asurmendi, *ob. cit.*, p. 152, nota 406, considera que a possibilidade do cônjuge do devedor poder exigir a liquidação da comunhão afecta os interesses dos credores pessoais do outro cônjuge, dado que só poderão ser pagos, depois da liquidação e partilha do património comum, pela meação que cabe ao devedor, enquanto que se não for utilizada a possibilidade de liquidação os credores pessoais podem satisfazer-se por todos os bens comuns.

o cônjuge do devedor optar pela dissolução da comunhão, desse modo, a dívida que era própria na esfera externa torna-se comum na esfera interna, pelo que deve integrar o passivo do inventário (art. 1401.º do Cód. Civil espanhol) e ser paga com preferência (arts. 1398.º, 1.º, 1399.º, e 1403.º do Cód. Civil espanhol) para efeitos de liquidação e partilha da comunhão⁷¹⁹. Só quando a dívida seja própria quer na esfera interna quer na externa, o credor pessoal de um dos cônjuges não pode agredir os bens comuns concretos no referido caso de dissolução da comunhão e apenas se poderá contentar, depois da dissolução do casamento, com os bens adjudicados ao seu devedor.

O § 2.º do art. 1373.º do Cód. Civil espanhol regula a questão das compensações pelo pagamento de dívidas, ou seja, se houver execução sobre os bens comuns, entende-se que o cônjuge devedor recebeu o valor, actualizado, dos mesmos por conta da sua meação no momento em que integre o património comum (com bens próprios que venha a obter ulteriormente) ou no momento da liquidação da sociedade conjugal (situação em que integra o património comum por imputação do valor da dívida na sua meação). Se é no momento da liquidação que se acertam as contas, o cônjuge devedor receberá a sua meação nos bens comuns reduzido o valor, actualizado ao tempo da liquidação, dos bens utilizados para pagamento da dívida⁷²⁰.

3. Breve referência ao regime processual do art. 825.º do Cód. de Processo Civil

Quanto à responsabilidade dos bens comuns, e apesar de não ser nosso objectivo a análise do direito adjectivo, parece-nos relevante tocar a questão da comunicabilidade da dívida do ponto de vista do regime processual. Com efeito, não é este um estudo de direito processual, nem a este pretendemos dedicar mais do que umas breves notas, fundamentais, porém, dada a desarmonia existente entre o direito substantivo da responsabilidade por dívidas do casal e o direito processual. É precisamente a este desfasamento que pretendemos fazer referência.

⁷¹⁹ A. Ocaña Rodríguez, *ob. cit.*, p. 22. Mata Pallares, *loc. cit.*, pp. 347 e 350-352, escreve que se se optar pela dissolução e liquidação da comunhão, só as dívidas da comunhão se regulam no processo liquidatório, o que significa uma preferência destas sobre as dívidas próprias do cônjuge devedor. Ora, tal implicará uma situação precária do credor pessoal do cônjuge.

⁷²⁰ M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, p. 1756.

O art. 1373.º do Cód. Civil espanhol deve ser completado, no plano processual, pelo art. 541.º da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, de 7 de Janeiro de 2000, que determina o meio processual para execução dos bens comuns por dívidas próprias de um dos cônjuges, bem como pelo art. 144.º, 1.º, do *Reglamento Hipotecario*, relativo à notificação ao cônjuge não devedor da execução sobre bens comuns.

A acção que visa a responsabilização dos bens comuns e dos próprios dos cônjuges deve ser intentada contra ambos os cônjuges e não apenas contra o que contraiu a dívida. De facto, devem ser intentadas contra o marido e a mulher as acções emergentes de facto praticado por um dos cônjuges mas em que o credor pretenda obter decisão susceptível de ser executada sobre os bens próprios do outro (art. 28.º-A, n.º 3, do Cód. de Processo Civil). Se a dívida é própria, o credor apenas obterá o pagamento mediante os bens próprios do cônjuge devedor e a sua meação nos bens comuns, nos termos do art. 1696.º, não tendo necessidade de demandar o outro cônjuge, como co-réu na acção processual (sem prejuízo do que veremos adiante a propósito do art. 825.º do Cód. de Processo Civil).

A questão coloca-se no caso de a dívida ser comum: se a dívida é comum, o credor tem interesse em demandar processualmente ambos os cônjuges, pois só assim conseguirá, na falta de bens comuns⁷²¹ ou tratando-se de regime de separação, responsabilizar os bens próprios do cônjuge que não contraiu a dívida. Se apenas demandar o cônjuge devedor, e tratando-se de dívida comum, só poderá obter o pagamento mediante os bens próprios daquele e os bens comuns que ele administre e possa dispor por si⁷²². Portanto, o credor demandará ambos os cônjuges tentando demonstrar que a dívida é comum e, assim, responsabilizar os bens comuns e ambos os cônjuges nos termos da lei substantiva. Aliás, só assim, a acção declarativa processual se articula com o regime substantivo, isto é, o facto de um só cônjuge assumir uma dívida não significa que ela seja própria desse cônjuge. Como resulta do art. 1691.º qualquer dos cônjuges pode contrair dívidas que responsabilizam o património comum (art. 1695.º)⁷²³. Uma vez obtida a sentença contra os cônjuges pode o credor executar a

⁷²¹ Ou havendo-os, se o cônjuge devedor não pode dispor sozinho desses bens comuns (art. 28.º-A, n.ºs 1 e 3, do Cód. de Processo Civil). Repare-se que, em relação a estes bens que o devedor não pode dispor sozinho, a lei processual exige que a acção declarativa seja intentada contra ambos os cônjuges, mas, paralelamente, permite a penhora de tais bens numa execução movida contra um só dos cônjuges (art. 825.º do Cód. de Processo Civil). Ou seja, a desarticulação não é só com o regime substantivo da responsabilidade por dívidas dos cônjuges mas também em relação às disposições da lei civil em matéria de disposição dos bens do casal.

⁷²² Em todo o caso, o cônjuge devedor tem sempre a possibilidade, no caso de o credor apenas o demandar a si, e tratando-se de dívida comum, de provocar a intervenção principal do outro cônjuge, nos termos do art. 325.º do Cód. de Processo Civil, por forma a que a condenação a preferir seja extensiva aos dois cônjuges, de acordo com o regime da lei substantiva.

⁷²³ Como refere M. Teixeira de Sousa, "As dívidas dos cônjuges em processo civil", in AAVV, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil...*, cit., pp. 344 e 345, o art. 28.º-A do Cód. de Processo Civil, ao impor um litisconsórcio necessário entre os cônjuges quando esteja em causa uma dívida comum, "transpõe para o plano processual o regime da responsabilidade patrimonial pela satisfação dessas dívidas". Acrescenta ainda o autor que, apesar de o preceito só definir o litisconsórcio no caso de se pretender uma decisão que seja susceptível de ser executada sobre bens próprios do cônjuge não devedor, não está na disponibilidade do autor demandar só o seu devedor ou também o seu cônjuge no caso da dívida ser comum. Havendo litisconsórcio este não é voluntário

mesma, penhorando bens comuns e os próprios dos cônjuges. O mesmo se diga se o credor tiver título executivo contra ambos os cônjuges.

O problema que pode colocar-se é se o credor tem título executivo, diferente de sentença, contra um dos cônjuges apenas, mas substancialmente, de acordo com a lei civil, a dívida é comum. Ora, neste caso, e de acordo com o art. 55.º do Cód. de Processo Civil, a execução tem de ser intentada contra o cônjuge que subscreveu o título, como se de dívida própria se tratasse, apenas podendo penhorar os bens próprios deste e a sua meação nos bens comuns. Sendo assim, fica afastada a regra da responsabilidade patrimonial do art. 1695.º, apesar de a dívida ser substancialmente comum, mas própria do ponto de vista adjectivo. Importa, assim, que o direito

mas necessário. Contra, J. G. Sá Carneiro, “Os arts. 10.º e 15.º...”, *loc. cit.*, ano 90.º, 1972, pp. 392-399, e ano 92.º, 1974, p. 13, Manuel António Pita, “Execução por dívidas dos cônjuges. Processo ordinário para pagamento de quantia certa. Alguns aspectos”, *in AAVV, Ab Vno Ad Omnes – 75 anos da Coimbra Editora*, organização de Antunes Varela/D. Freitas do Amaral/Jorge Miranda/J. Gomes Canotilho, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp. 817, nota 4, e 819, e Lebre de Freitas/João Redinha/Rui Pinto, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. 1.º, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 61.

Para Lledó Yagüe, *et alii*, *ob. cit.*, p. 245, e Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida, *et alii*, *Elementos de Derecho Civil. Familia*, *cit.*, p. 207, o credor deverá também demandar o cônjuge não devedor, para a determinação, face a este, da natureza da dívida e, em consequência, da responsabilidade dos bens comuns. Se não o demandar, a legitimidade processual não está em causa, mas a responsabilidade patrimonial limita-se aos bens próprios do cônjuge devedor e, ainda que discutível, no máximo aos valores, dinheiro e créditos comuns em poder do devedor. Também A. López/V.L. Montés/E. Roca, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 230-232, inclinam-se para a presença de ambos os cônjuges na acção, com atribuição de meios de defesa semelhantes. A necessidade da acção contra ambos os cônjuges resultava do disposto no antigo art. 144.º, 1.º, do *Reglamento Hipotecario*, de 12 de Novembro de 1982, bem como nos anteriores *Reglamentos Hipotecarios* (de 1947 e 1959), que exigia a acção conjunta contra os cônjuges para se poder penhorar bens comuns por dívidas comuns contraídas por um dos cônjuges, ainda que, se a dívida fosse própria, bastaria a notificação ao outro cônjuge. Porém, quer a Direcção Geral dos Registos e Notariado quer o Tribunal Supremo atenuaram tal exigência, até à alteração legal do *Reglamento Hipotecario* neste sentido, na Reforma de 1998, ao determinarem ser suficiente, no caso de dívidas comuns contraídas por um dos cônjuges, a notificação ao cônjuge não devedor (entendimento hoje presente no art. 144.º do *Reglamento Hipotecario* e no art. 541.º, 2.º, da *Ley de Enjuiciamiento Civil*). Portanto, quer a dívida seja da responsabilidade dos bens comuns como dos próprios basta a notificação ao cônjuge não devedor. V., sobre o art. 144.º do *Reglamento Hipotecario*, Camino Sanciñena Asurmendi, *ob. cit.*, pp. 220-227, Pilar Benavente Moreda, “La anotación de embargo sobre bienes gananciales. Estudio de algunos aspectos del artículo 144 del Reglamento Hipotecario”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ano LXXVI, n.º 657, 2000, pp. 779-805, e Nuria Hernández Rueda, *ob. cit.*, pp. 108-164. V. também, Bello Janeiro, “La legitimación pasiva ante deudas pretendidamente gananciales contraídas por uno de los cónyuges”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ano LXIX, n.º 617, 1993, pp. 1024-1076, Guilarte Gutiérrez, *Defensa de los bienes y derechos gananciales y litisconsorcio pasivo necesario*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 9-33, A. Ocaña Rodríguez, *ob. cit.*, pp. 97-103, J. Barceló Doménech, *ob. cit.*, pp. 108-124, Gardeazábal del Río, *ob. e loc. cit.*, pp. 154-159, e María Jesús Monfort Ferrero, *ob. cit.*, pp. 138-156. M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, p. 1698, a propósito do art. 1366.º do Cód. Civil espanhol, entende não ser necessário demandar o cônjuge que não praticou o acto, bastando notificá-lo da interposição da acção. Mas, segue, quanto às dívidas comuns (art. 1369.º do Cód. Civil espanhol) (pp. 1717-1719), a posição de Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida, no sentido de que o outro cônjuge deve ser demandado para o credor poder atacar os bens comuns.

Também na decisão da Civ. 2.º, de 28 de Outubro de 1999, comentada por B. Vareille “Régimes matrimoniaux”, *RTDC*, n.º 2, 2000, pp. 386-388, se decidiu que o credor que tem título executivo contra apenas um dos cônjuges, não obstante a dívida ser solidária nos termos do art. 220.º do Cód. Civil francês, não pode penhorar os bens do outro cônjuge, nem os seus rendimentos e salários, como se a dívida fosse própria do subscritor do título.

processual preveja uma forma de, nesses casos, ser discutida a questão da comunicabilidade da dívida⁷²⁴. É também a essa questão que o art. 825.º do Cód. de Processo Civil faz referência.

Até ao Dec.-Lei n.º 38/2003, de 8 de Março, que deu nova redacção ao art. 825.º, a questão da comunicabilidade da dívida não era colocada em acção executiva. E o problema punha-se porque havia uma “disparidade entre a realidade substantiva (a comunicabilidade da dívida) e a realidade formal (a legitimidade aferida pelo título)”⁷²⁵. Assim, se o credor tinha título executivo contra um dos cônjuges, teria de prescindir dele se quisesse obrigar ambos os cônjuges pela dívida, intentando acção declarativa na qual a responsabilidade comum fosse declarada, condenando ambos os cônjuges ao pagamento da dívida⁷²⁶. Caso contrário, apenas poderia executar os bens próprios do

⁷²⁴ Referem Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 460 e 461, e M.ª José Capelo, “Pressupostos processuais gerais na acção executiva – a legitimidade e as regras de penhorabilidade”, *Themis*, ano IV, n.º 7, 2003, p. 85, que não tem o cônjuge subscritor do título executivo qualquer ónus no sentido de obter a assinatura do seu cônjuge, quando entender que a dívida deve responsabilizar os dois, sob pena de ficar sozinho na execução e de apenas poder pretender uma compensação pelo que pagar a mais do que devia. De facto, tal ónus contrariaria o regime substantivo que admite que um só cônjuge assumia a dívida que responsabiliza os dois.

Esta questão era anteriormente analisada pela doutrina, considerando uns autores que, para evitar que o executado ficasse em desvantagem de meios em relação à acção declarativa, onde podia fazer intervir o seu cônjuge, este podia ser chamado à execução, podendo o executado alegar em embargos de executado a responsabilidade comum (v., Pinto Furtado, *Disposições Gerais...*, *cit.*, p. 46, e Alberto dos Reis, *Processo...*, *cit.*, vol. I, p. 283); outros autores, pelo contrário, excluía a possibilidade de intervenção do cônjuge do executado e o regime a seguir na penhora era o mesmo do da responsabilidade por dívidas próprias do executado (Eurico Lopes-Cardoso, *ob. cit.*, pp. 97 e 98 e p. 318, e Lebre de Freitas, *Direito Processual Civil*, vol. II, Lisboa, AAFDL, 1979, pp. 228 e 229, e *A acção executiva (à luz do Código revisto)*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 186).

⁷²⁵ Paula Costa e Silva, *A reforma da acção executiva*, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 81 e 82.

Rui Pinto, *A penhora...*, *cit.*, pp. 60 e 61, considerando que a solução não poderia passar unicamente por uma prévia acção declarativa demonstrativa da comunicabilidade da dívida, apresentava como necessidade a articulação do regime substantivo com o processual, permitindo-se que, por dívidas da responsabilidade comum, respondessem em primeiro lugar os bens comuns e só depois subsidiariamente os bens próprios, não obstante existir título executivo extrajudicial apenas contra um dos cônjuges. Defendia, por isso, a aplicação por analogia do art. 825.º, n.ºs 2 a 4, na antiga redacção do Cód. de Processo Civil. “A solução será, então, a penhora não de todos os bens comuns (...) mas da metade que cabe ao devedor. Só depois, e subsidiariamente, é que responderão eventualmente os bens próprios deste e apenas deste”. O credor penhoraria bens comuns e, ao mesmo tempo, requeria a citação do cônjuge do executado para requerer a separação de bens, e só depois se penhorariam os bens próprios do executado.

⁷²⁶ Também à luz do direito espanhol, M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, p. 1718, coloca o problema da existência de uma letra subscrita por um dos cônjuges para pagamento de uma dívida prevista no art. 1365.º do Cód. Civil espanhol. Ora, pela dívida respondem os bens próprios do devedor e solidariamente os bens comuns (art. 1369.º do Cód. Civil espanhol). Mas põe-se um problema de ordem processual: o credor apenas pode intentar acção executiva contra o subscritor da letra e, nesse caso, não pode, de imediato, atacar os bens comuns. Era, essencialmente, nas acções executivas que a compatibilização com a necessidade de demandar ambos os cônjuges, como exigia o anterior art. 144.º, 1.º, do *Reglamento Hipotecario*, se tornava difícil. A solução passaria pela proposição de uma prévia acção declarativa para, demonstrando a relação jurídica subjacente à letra, obter o reconhecimento da comunicabilidade da dívida e, depois, executar os bens comuns (mesmo autor e obra, pp. 1749-1751). Caso contrário, mesmo que a dívida fosse comum, teria o regime das dívidas próprias (art. 1373.º do Cód. Civil espanhol). V., M.ª del Carmen Pastor Álvarez, *ob. cit.*, pp. 315-322.

devedor, sujeitando-se a que este viesse opor-se à penhora, alegando, nos termos do art. 863.º-A, al. b), do Cód. de Processo Civil (art. 1037.º, n.º 2, na anterior redacção), que os seus bens próprios só respondiam subsidiariamente pela dívida exequenda comum à luz da lei civil⁷²⁷. Por outro lado, se, tendo título executivo contra um dos cônjuges, o credor viesse penhorar os bens comuns, o cônjuge não devedor, que não é parte na acção, podia defender-se por meio de embargos de terceiro relativamente aos bens comuns que foram indevidamente atingidos pela penhora (art. 352.º do Cód. de Processo Civil)⁷²⁸.

No direito italiano, para penhora dos bens comuns, é necessário título executivo que responsabilize ambos os cônjuges ou, apesar de apenas surgir um dos cônjuges, evidenciar a causa familiar da dívida (v., De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia...*, cit., p. 620, nota 259, e *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato...*, cit., p. 704, nota 259, e L. Brusuglia, *ob. e loc. cit.*, p. 353). Caso se tenha apenas título executivo contra o devedor podem responder os bens comuns, mas no limite da meação daquele. De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia...*, cit., p. 626, considera a responsabilidade subsidiária dos bens comuns por dívidas próprias como uma “obrigação de garantia *ex lege* por débito de outrem”. Contra, Attardi, “Profili processuali della comunione legale dei beni”, *loc. cit.*, p. 47, ao referir que, para penhorar a meação do cônjuge devedor nos bens comuns, o credor precisava munir-se de título executivo contra a comunhão, não bastando o título que tivesse contra o cônjuge devedor.

O § 740.º ZPO determina que a execução contra a comunhão depende da existência de sentença contra o cônjuge administrador (§ 1.º) ou contra ambos os cônjuges (§ 2.º), consoante existe a administração singular ou administração conjunta, o que se articula com o regime substantivo. De facto, a execução deve instaurar-se contra o cônjuge ou cônjuges que representa(m) a comunhão e tem (têm) legitimidade para dispor e onerar com dívidas os bens comuns. V., Staudinger, *ob. cit.*, §§ 1363.º-1563.º, Vorbem zu §§ 1437-1440 Rdn. 11, p. 547, e § 1450 Rdn. 34 e 37, pp. 607 e 608. De acordo com as regras processuais gerais, e não obstante a letra do § 740.º, 2.º, ZPO, entende-se que, no caso de administração conjunta, basta título executivo contra um dos cônjuges e *Duldungstitel* contra o outro (ou seja, tolerância/não oposição do outro cônjuge). V., MünchKomm - *Kanzleiter*, § 1459 Rdn. 10 e 11, pp. 683 e 684. Contra, Staudinger, *ob. cit.*, §§ 1363.º-1563.º, Vorbem zu §§ 1459-1462 Rdn. 6, pp. 651 e 652, e Thomas Rauscher, *ob. cit.*, p. 288, para quem o *Duldungstitel* não é suficiente e a única possibilidade de executar bens comuns com título executivo contra um só dos cônjuges, que não administra ou que não administra sozinho, é no caso de se presumir que o negócio de aquisição realizado pelo cônjuge (e contra quem se detém o título) foi realizado com o consentimento do outro cônjuge (§ 741.º ZPO).

⁷²⁷ O que não aconteceria se o título executivo fosse judicial, tendo já sido discutida na acção declarativa a questão da comunicabilidade.

Por isso, entendia Castro Mendes, *Direito da Família*, cit., p. 155, que, permanecendo comunicável a dívida apesar de o título ter sido subscrito por um único dos cônjuges e como o exequente se sujeita à oposição do executado se nomear à penhora bens próprios seus, deve o credor nomear bens comuns dos cônjuges e, por analogia com o art. 825.º, n.º 2, na anterior redacção, do Cód. de Processo Civil, pedir a citação do cônjuge do executado para requerer a separação de bens. V., Rui Pinto, *A penhora...*, cit., pp. 61 e 65. Parece-nos duvidosa a solução na medida em que a comunicabilidade não está demonstrada em qualquer acção declarativa prévia nem foi discutida na execução: o que torna difícil a penhora imediata dos bens comuns.

⁷²⁸ Já o Cód. de Processo Civil de 1876 admitia os embargos de terceiro à mulher casada, sem necessidade de autorização do marido, quando estivessem em causa dívidas incomunicáveis do marido e fossem afectados os seus bens dotais ou próprios ou os rendimentos dos bens comuns (art. 924.º do então Cód. de Processo Civil e art. 1114.º, 1.º, do Cód. Civil de 1867), bem como quando estivessem em causa os rendimentos dos seus bens dotais ou próprios, administrados pelo marido se pela execução fosse privada dos necessários alimentos (art. 1230.º do Cód. Civil de 1867). Neste último caso entendia-se, visando-se a protecção da mulher, assegurando-lhe os rendimentos necessários aos seus alimentos, dever a norma ter uma interpretação ampla, no sentido de conferir à mulher a possibilidade de embargar de terceiro mesmo no caso de dívidas comunicáveis e até próprias dela (v., Pinto Coelho, *Direito da Família*, cit., pp. 259-261 e 280 e 281, e consagrado depois no art. 1042.º do Cód. de Processo Civil de 1939).

Com a actual redacção do art. 825.º do Cód. de Processo Civil a comunicabilidade da dívida pode discutir-se na acção executiva. De facto, um dos objectivos da nova redacção é o de facilitar a alegação da comunicabilidade da dívida na acção executiva, formando no próprio processo de execução título executivo contra o cônjuge do executado⁷²⁹.

O n.º 1 do art. 825.º prevê a hipótese de, tendo o credor título executivo contra um dos cônjuges, se penhorarem bens comuns⁷³⁰ quando os bens próprios do cônjuge devedor não são suficientes (art. 1696.º)⁷³¹. Nessa situação, para serem penhorados bens comuns, cita-se o cônjuge do executado⁷³² para, no prazo de que dispõe para a oposição

⁷²⁹ Rui Pinto, *Penhora, Venda e Pagamento*, Lisboa, Lex, 2003, p. 21, e *A acção executiva depois da reforma*, Conselho Distrital de Lisboa, Lisboa, JVS, 2004, p. 90. A reforma visou “conferir aos mecanismos processuais a função de verdadeiros promotores do exercício eficaz e seguro de direitos de natureza substantiva, eliminando (...) a necessidade de enveredar pela instauração de uma acção declarativa propiciadora de sentença que vincule ambos os cônjuges” (António Abrantes Gerales, “Títulos executivos”, *Themis – Revista de Direito*, ano IV, n.º 7, 2003, p. 48).

⁷³⁰ Os bens comuns são os decorrentes do regime de bens de comunhão. De facto, o preceito legal não tem aplicação à compropriedade. Neste permite-se a alienação separada da quota, assim como a sua penhora e hipoteca. V., Paulo Sobral Soares do Nascimento, “Embargos de terceiro deduzidos pelo cônjuge do executado com fundamento em penhora de bem comum do casal – anotação ao ac. do STJ, de 9.6.2005”, *Cadernos de Direito Privado*, n.º 18 (Abril/Junho), 2007, p. 25.

⁷³¹ Na execução de dívida da responsabilidade de um dos cônjuges a busca dos bens cujo valor pecuniário seja de mais fácil realização deve ser feita dentro do universo dos bens próprios (art. 834.º do Cód. de Processo Civil). Daí a importância da eventual indicação dos bens pelo exequente. O agente de execução apenas realizará penhora nos bens comuns se o valor dos bens próprios não se mostrar adequado ao montante do crédito do exequente, sob pena de o executado poder opor-se à penhora, indicando os seus bens susceptíveis da mesma penhora (art. 863.º-A, n.º 1, al. b), do Cód. de Processo Civil).

⁷³² Ao contrário da redacção anterior, não cabe agora ao exequente o ónus de requerer a citação do cônjuge do executado. Tal tarefa é agora, oficiosamente, do agente de execução (art. 864.º, n.ºs 2 e 3, al. a), do Cód. de Processo Civil), ainda que caiba ao exequente identificar o cônjuge do executado no requerimento executivo.

De referir que a citação ao cônjuge do executado é também efectuada no caso de execução fundada em responsabilidade tributária exclusiva de um dos cônjuges, nos termos e para os efeitos do art. 220.º do Cód. de Procedimento e Processo Tributário (CPPT). Com efeito, dispõe esta norma que, na execução com fundamento em responsabilidade tributária exclusiva de um dos cônjuges, podem ser imediatamente penhorados bens comuns, devendo, neste caso, citar-se o outro cônjuge para requerer a separação. A responsabilidade tributária (mesmo a subsidiária do cônjuge gerente de sociedade – arts. 23.º e segs. da Lei Geral Tributária) é exclusiva do cônjuge em causa e as dívidas fiscais apenas são comunicáveis (fora o caso de ambos os cônjuges serem sujeitos passivos de imposto, como o IRS) nos termos dos arts. 1691.º e segs. do Cód. Civil (J. Lopes de Sousa, *Código de Procedimento e de Processo Tributário Anotado*, Lisboa, Vislis Editores, 2000, pp. 932 e 933).

A propósito do art. 220.º do CPPT há algumas notas a efectuar. Em primeiro lugar, a norma determina a citação do cônjuge quando haja penhora dos bens comuns, não especificando quais sejam, isto é, se abrange também os previstos no art. 1696.º, n.º 2, ou até se se refere apenas a estes (ao dizer que os bens comuns respondem imediatamente). Ora, tal como a citação do cônjuge não parece ser necessária no caso dos bens previstos no art. 1696.º, n.º 2, como veremos em relação ao art. 825.º do Cód. de Processo Civil, igual entendimento vale para o art. 220.º do CPPT. Aliás, a situação do art. 220.º CPPT enquadra-se no art. 825.º, n.º 1, do Cód. de Processo Civil (“Quando, em execução movida contra um só dos cônjuges, sejam penhorados bens comuns do casal...”). Por outro lado, o art. 220.º do CPPT prevê a penhora imediata dos bens comuns, não parecendo exigir a subsidiariedade da responsabilidade face aos bens próprios do devedor. Entendemos, porém, que, também como no art. 825.º do Cód. de Processo Civil, os bens comuns só devem ser penhorados no caso de insuficiência dos bens próprios do cônjuge devedor. O art. 220.º do CPPT, ao referir-se à penhora imediata de bens comuns, não parece reportar-se aos bens que respondem ao mesmo tempo que os bens próprios do devedor (art. 1696.º, n.º 2), pois, como vimos, em relação a estes não é necessária a citação do cônjuge. Ora,

(10 dias ou até ao termo do prazo concedido ao executado se este terminar depois daquele – art. 864.º-A do Cód. de Processo Civil), requerer a separação de bens (mediante inventário – arts. 1406.º e 1326.º e segs. do Cód. de Processo Civil), ou juntar certidão comprovativa da pendência de acção em que a separação já tenha sido requerida⁷³³. Tendo o cônjuge recusado a comunicabilidade (situação que veremos de seguida, nos termos do n.º 2 do mesmo art. 825.º), mas não tendo requerido a separação de bens nem apresentado certidão de acção pendente, a execução prossegue sobre os bens comuns (art. 825.º, n.º 4)⁷³⁴. Se o exequente não invocou a comunicabilidade da

referindo-se aos restantes bens comuns terá de respeitar as normas do direito substantivo (art. 1696.º, n.º 1) e processual (art. 825.º do Cód. de Processo Civil). Finalmente, o art. 220.º do CPPT apenas exige a citação do cônjuge do executado para que este, querendo, requeira a separação de bens. Parece-nos que, tal como no processo civil, também será de admitir a oposição à execução ou embargos de terceiro ao cônjuge do executado (aliás, o art. 2.º do CPPT manda aplicar, na falta de regulamentação especial, o Cód. de Processo Civil). Exclui-se obviamente a discussão da comunicabilidade da dívida na medida em que se trata efectivamente de uma dívida própria de um dos cônjuges (dívida fiscal). Portanto, o art. 220.º do CPPT deve articular-se com o regime previsto na lei civil para as dívidas dos cônjuges e com o regime processual do art. 825.º do Cód. de Processo Civil.

Àquela articulação refere-se o ac. da RC, de 11.02.2003 (*Cadernos de Direito Privado*, n.º 7 (Julho/Setembro), 2004, pp. 50 e 51, com anotação de Paula Costa e Silva (“Impugnação pauliana e execução”)), onde se discutiu o problema da alegação, pela ex-mulher do executado, da qualificação de um imóvel como bem comum do casal para confinar o objecto da restituição da impugnação pauliana, deduzida pelo credor, ao direito à meação do cônjuge executado no imóvel alienado e logo à sua intervenção na execução fiscal que viesse a ser instaurada contra os actuais proprietários. V. também, o ac. do Tribunal Central Administrativo Norte, de 31.03.2005 (<http://www.dgsi.pt>), no sentido de que instaurada uma execução para cobrança de dívida fiscal deve citar-se o cônjuge do executado para que este, se o pretender, requeira a separação de bens, nos termos do art. 220.º do CPPT.

⁷³³ A citação do cônjuge parece só ser exigida no caso de estar em causa a meação do cônjuge devedor nos bens comuns, nos termos do art. 1696.º, n.º 1, e não os bens comuns que respondem ao mesmo tempo que os bens próprios do cônjuge devedor (art. 1696.º, n.º 2). Estes bens, mesmo quando existia a moratória legal, respondiam ao mesmo tempo que os bens próprios, não estando a ela sujeitos, podendo ser penhorados sem necessidade da partilha dos bens comuns, como era necessário em relação aos restantes. V., Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 467. No mesmo sentido, afastando a citação do cônjuge do executado para penhora de tais bens, v., o ac. da RL, de 14.05.1975 (*loc. cit.*). De facto, parece-nos que, tal como no direito substantivo esses bens respondem por dívidas comuns ao mesmo tempo que os bens próprios do cônjuge devedor, sem necessidade de realizar qualquer partilha e sem apuramento de qualquer meação, também numa execução devem responder por tais dívidas sem necessidade de citar o cônjuge do executado. Aliás, o art. 1038.º, n.º 2, al. b), do Cód. de Processo Civil anterior, estabelecia que na penhora dos bens do art. 1696.º, n.º 2, o cônjuge do devedor não podia defender a sua posse invocando a subsidiariedade do património comum, surgindo, aliás, na posição de terceiro e não de executado. É evidente que o cônjuge do devedor deveria ser sempre citado no caso de a penhora ter recaído sobre bens imóveis que o executado não pudesse alienar livremente. Mas isso devia-se, e deve-se, não ao facto de se tratar de bens comuns (podem até ser bens próprios) mas em obediência ao art. 1682.º-A que exige o consentimento de ambos os cônjuges para a disposição de tais bens. V. também, Rui Pinto, *A penhora...*, *cit.*, p. 28, e *Penhora, Venda...*, *cit.*, p. 22, nota 18, onde apresenta alguma jurisprudência neste sentido. Contra, M. Teixeira de Sousa, *ob. e loc. cit.*, p. 350, que defende a aplicação do art. 825.º, n.º 1, do Cód. de Processo Civil, devendo também aí proceder-se à citação do cônjuge do executado.

De notar que o art. 825.º do Cód. de Processo Civil apenas prevê a citação no caso de penhora de bens comuns e não no caso de arresto. A questão foi colocada pelo ac. do STJ, de 06.07.2000 (*BMJ*, n.º 499.º, 2000, p. 211), aí se decidindo que a penhora implica uma apreensão judicial de bens, sendo estes retirados da disponibilidade material do devedor e, por isso, a necessidade de citação do cônjuge deste. O arresto, por outro lado, acto preventivo e conservatório, tem uma função puramente cautelar, visando também a apreensão judicial de bens, mas para salvaguarda do receio de perda da garantia patrimonial do credor, esgotando os seus efeitos na indisponibilidade dos bens sobre que incide.

⁷³⁴ Os bens comuns já penhorados e que correspondam à meação do cônjuge devedor. Não podem é ser penhorados, por o cônjuge do executado ter recusado a comunicabilidade, ainda que não tenha requerido a separação de bens, os bens comuns como se

dívida, pode qualquer dos cônjuges, no prazo da oposição, requerer a separação de bens ou juntar a certidão de acção pendente, sob pena de a execução prosseguir nos bens penhorados (art. 825.º, n.º 5)⁷³⁵. Apensado o requerimento em que se pede a separação, ou junta a certidão, a execução fica suspensa até à partilha. Se, por esta, os bens penhorados não couberem ao executado, podem ser penhorados outros que lhe tenham cabido, permanecendo a anterior penhora até à nova apreensão (art. 825.º, n.º 7)⁷³⁶.

Mas pode acontecer, como vimos, que, tendo o credor título executivo sobre um dos cônjuges, e apenas podendo, assim, promover a execução contra ele (art. 55.º do Cód. de Processo Civil) e penhorar bens deste e a sua meação nos bens comuns, a dívida seja, do ponto de vista do direito civil, uma dívida comum. Ou seja, a dívida é própria apenas porque existe título executivo contra um só dos cônjuges, mas a relação jurídica subjacente ao título, e que originou a dívida, pode ser comum. Pode, assim, o exequente alegar na acção executiva que deduza contra o cônjuge devedor a comunicabilidade da mesma dívida (e logo no requerimento executivo). O mesmo pode fazer o próprio executado. Mas tal só ocorrerá se o título executivo for diferente de sentença⁷³⁷, pois se a acção executiva decorre de uma sentença em processo declarativo, onde o cônjuge não

a dívida fosse comum nem os bens próprios do cônjuge não executado. Em todo o caso, a solução do n.º 4 do art. 825.º do Cód. de Processo Civil, fixada para protecção do credor, choca com o regime substantivo. De facto, o cônjuge do executado nega a comunicabilidade da dívida, não requer a separação (e, por isso, não se apura a meação nos bens comuns de cada um dos cônjuges), e permite-se que a execução continue sobre os bens comuns já penhorados. Nesta situação respondem os bens comuns e não apenas a meação, que não se apura, do cônjuge devedor. Não concordamos, por isso, com o entendimento de M.ª Dolores Mas Badía, *ob. cit.*, pp. 64 e 65, para quem há possibilidade de penhorar a meação do cônjuge devedor sem liquidação e partilha da comunhão, bastando um balanço indicativo da parte indivisa de cada cônjuge (ainda que reconheça que o direito espanhol não tenha acolhido tal solução – p. 67). De facto, não nos parece que isso baste para se saber o que, na verdade, caberá a cada cônjuge na partilha da comunhão. Além disso, é só com a partilha que desaparece o património comum não podendo até lá falar-se em meação concreta de cada cônjuge.

Se o cônjuge do executado, citado para se pronunciar quanto à comunicabilidade da dívida ou para requerer a separação de bens nega a comunicabilidade mas não requer a separação ou junta comprovativo de que esteja em curso o referido processo, a penhora permanece sobre os bens comuns e continua a execução. Evita-se, para protecção do credor, que o cônjuge, opondo-se à pretensão do exequente de penhorar bens comuns, não requeira a separação de bens, entavando a execução. Relembramos aqui o que dissemos *supra*, sobre a possibilidade de os bens comuns responderem pelas dívidas dos cônjuges, sem prejuízo das devidas compensações, como ocorre no direito francês (art. 1413.º do Cód. Civil francês). Ora, a nossa lei processual permite que os bens comuns respondam por dívidas próprias de um dos cônjuges, sem se apurar a meação do cônjuge devedor e sem dissolução do regime de comunhão.

⁷³⁵ Repare-se que o cônjuge do executado citado não pode alegar a comunicabilidade da dívida se esta não for suscitada pelo exequente ou executado.

⁷³⁶ O n.º 7 do art. 825.º é criticado por Rui Pinto, *Penhora, Venda...*, *cit.*, p. 24, e *A acção executiva...*, *cit.*, p. 93, não encontrando fundamento para estarem penhorados bens que não irão responder pela dívida, dado serem do cônjuge não devedor.

⁷³⁷ Podendo ser qualquer dos títulos executivos determinados por lei. V., quanto à classificação dos títulos executivos, Lebre de Freitas/João Redinha/Rui Pinto, *Código de Processo Civil*, *cit.*, pp. 89-94.

devedor pode ser chamado, já aí foi discutida a questão da comunicabilidade da dívida (e se não o foi, devendo-o ser, fica precludida essa hipótese na acção executiva)⁷³⁸.

Quando o exequente tenha fundamentadamente alegado que a dívida, constante de título diverso de sentença, é comum, é o cônjuge do executado citado para, no mesmo prazo, e em alternativa a requerer a separação de bens, declarar se aceita a comunicabilidade da dívida, baseada no fundamento alegado, com a cominação de, se nada disser, a dívida ser considerada comum, para os efeitos da execução e sem prejuízo da oposição que contra ela deduza (art. 825.º, n.º 2, do Cód. de Processo Civil). Pode o cônjuge do executado aceitar a comunicabilidade da dívida (valendo o silêncio como aceitação) e, neste caso, sendo a dívida considerada comum, a execução prossegue também contra o cônjuge não executado, cujos bens próprios podem nela ser subsidiariamente penhorados. Sendo comum, se, antes dos bens comuns, tiverem sido penhorados os seus bens próprios e houver bens comuns suficientes, pode o executado inicial requerer a substituição dos bens penhorados (art. 825.º, n.º 3, do Cód. de Processo Civil). Se o cônjuge do executado, não concordando com a comunicabilidade o declarar ou requerer a separação de bens, a execução prossegue contra o cônjuge executado e contra os seus bens próprios e a meação nos bens comuns, nos termos já analisados *supra*.

Também o executado pode alegar a comunicabilidade da dívida, devendo também aqui o seu cônjuge pronunciar-se sobre essa comunicabilidade nos mesmos termos já analisados no caso de ser o exequente a alegar a comunicabilidade. Mas, se o cônjuge do executado já tiver pedido a separação, indicando que a dívida é própria do executado,

⁷³⁸ Como refere Castro Mendes, *Direito da Família*, cit., p. 155, “como resulta analogicamente do regime estabelecido no art. 641.º, n.º 2, para a fiança”. Se o credor, por desconhecer que a dívida é comum, apenas demandou um dos cônjuges na acção declarativa, o réu tem o ónus de provocar a intervenção principal do seu cônjuge, alegando que a dívida é da responsabilidade de ambos. Se o réu não provocar a intervenção do cônjuge, não pode alegar no processo executivo que a dívida é comum (Alberto dos Reis, *Processo...*, cit., p. 282, e Lebre de Freitas, *A acção executiva...*, cit., p. 185). Como defendia Alberto dos Reis, *Execução por dívidas...*, cit., p. 24, “a questão da comunicabilidade da dívida não pode ser levantada nos embargos de terceiro, quando tenha havido fase declaratória”. V. também do mesmo autor, *Comentário ao Código de Processo Civil*, vol. 1, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1960, p. 34. Como refere Paula Costa e Silva, *ob. cit.*, pp. 82 e 83, se a questão não foi suscitada na acção declarativa, e dado que a sua apreciação releva ao nível da legitimidade, tendo sido esta definitivamente decidida, sobre ela forma-se caso julgado. Preclui, por isso, a possibilidade de a suscitar em acção executiva, o que decorre do n.º 6 do actual art. 825.º ao referir dívida constante de título diverso de sentença. E, por isso, a falta de correspondência entre o regime processual e o substantivo pode ocorrer, nestes casos, quando o título executivo seja uma sentença (v., Elisabeth Fernandez, “A nova tramitação inicial da acção executiva para pagamento de quantia certa e as alterações ao regime contido no artigo 825.º do Código de Processo Civil (breves notas)”, in AAVV, *Estudos em Comemoração do 10.º Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 609).

ou se o exequente se opuser a essa discussão (art. 825.º, n.º 6, do Cód. de Processo Civil), a execução prossegue apenas contra o executado⁷³⁹.

Repare-se que o cônjuge do executado, além de poder requerer a separação de bens nos termos do art. 825.º do Cód. de Processo Civil, pode também opor-se à execução e à penhora tal como o exequente, nos termos do art. 864.º-A do Cód. de Processo Civil, com fundamentos nos arts. 814.º a 816.º e 863.º-A do mesmo código. Mas tal só parece ocorrer no caso de estar em causa um título executivo extrajudicial (e já não o caso de sentença onde apenas conste um dos cônjuges como o devedor)⁷⁴⁰. Mas, se por dívida da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges, decorrente de título judicial, forem penhorados bens comuns, no caso de insuficiência dos bens próprios do devedor, o cônjuge do executado apenas tem a faculdade de requerer a separação de bens ou de juntar certidão comprovativa da pendência de processo de separação de bens, pois a questão já foi ou deveria ter sido anteriormente discutida⁷⁴¹.

Além disso, pode o cônjuge do executado, quando não seja citado ou quando ainda não o tenha sido, embargar de terceiro (p. ex., se são penhorados bens comuns e ele não foi citado nos termos e para os efeitos do art. 825.º do Cód. de Processo Civil, ou se

⁷³⁹ Tal como, na acção declarativa, pode provocar a intervenção principal do outro cônjuge, nos termos do art. 325.º do Cód. de Processo Civil, por forma a que a condenação a proferir seja extensiva aos dois cônjuges. Contudo, na acção executiva, a invocação da comunicabilidade da dívida pelo executado está dependente dos interesses do seu cônjuge (que basta requerer a separação para obstar à discussão da comunicabilidade) e do exequente (que pode opor-se à alegação da comunicabilidade da dívida). V., M.ª José Capelo, "O novo regime de execução das dívidas comuns fundadas em título diverso de sentença, à luz da nova redacção do artigo 825.º do Código de Processo Civil", *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 1, n.º 2, 2004, p. 125.

⁷⁴⁰ Será controversa a concessão de poderes de oposição, à execução ou à penhora, ao cônjuge do executado quando não está em causa a execução de uma dívida da sua responsabilidade. A oposição à execução visa destruir a força executiva do título, mediante a declaração judicial da actual inexistência da obrigação exequenda ou de um pressuposto da execução, pelo que deve ser prerrogativa do sujeito cujos bens respondam pelas dívidas (o que não acontece com o cônjuge não executado quando o título executivo é uma sentença que condenou apenas um dos cônjuges pela dívida). Para M.ª José Capelo, "Pressupostos processuais...", *loc. cit.*, p. 93, tal como na anterior acção declarativa o cônjuge do réu não pode deduzir meios de defesa, porque não é parte legítima, também não parece correcto permitir-lhe deduzir, numa ulterior execução, a dedução de oposição à execução. Além disso, a possibilidade de oposição à penhora é um meio difícil de conceder ao cônjuge do executado dado que ele não é executado, tendo antes legitimidade para deduzir embargos de terceiro para defesa dos seus direitos em relação aos seus bens próprios ou dos bens comuns que foram indevidamente abrangidos na penhora (arts. 351.º e 352.º do Cód. de Processo Civil). Contudo, é-lhe admissível a oposição à execução quando, uma vez citado para efeitos do art. 864.º, n.º 3, al. a), do Cód. de Processo Civil, abandonando a qualidade de terceiro (art. 352.º), venha alegar os mesmos fundamentos que fossem invocáveis em embargos de terceiro. P. ex., pode o cônjuge do executado embargar, no caso de serem penhorados, por dívida da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges, bens comuns (que não respondam ao mesmo tempo que os bens próprios), havendo bens próprios do executado, alegando não estarem verificados os requisitos da responsabilidade subsidiária dos bens comuns.

⁷⁴¹ V., M.ª José Capelo, "Pressupostos processuais...", *loc. cit.*, pp. 89 e 90.

foram penhorados bens para cuja disposição é preciso o seu consentimento, ou foram penhorados bens próprios seus em execução movida contra o seu cônjuge, etc.)^{742 743}.

Repare-se que a questão da comunicabilidade só é discutida se o exequente ou executado levantarem a questão, ou seja, se, sendo penhorados bens comuns, por insuficiência dos bens próprios do executado, por uma dívida processualmente própria se levantar a questão da comunicabilidade da mesma dívida. O que significa que, se não se questionar a comunicabilidade, podem por uma dívida substancialmente comum responder apenas os bens próprios de um dos cônjuges, quando deveriam responder os bens comuns e só subsidiariamente os bens de qualquer um dos cônjuges (afastando-se,

⁷⁴² Mas já não poderá embargar de terceiro se foi citado mas não veio requerer a separação de bens ou opor-se à execução ou penhora (Rui Pinto, *Penhora, Venda...*, cit., p. 24, nota 24). Manuel António Pita, *ob. e loc. cit.*, p. 835, considerava, pelo contrário, seguindo a posição de Barbosa de Magalhães e Anselmo de Castro, que, no caso das dívidas comerciais não sujeitas a moratória, às quais se aplicava o art. 10.º do Cód. Comercial, o cônjuge não executado, no caso de não ter sido citado para efeitos do art. 825.º do Cód. de Processo Civil, não poderia embargar de terceiro, mas apenas arguir a invalidade processual de falta de citação.

⁷⁴³ No ordenamento jurídico espanhol há também a possibilidade, no caso de execução de bens comuns por dívidas próprias de um dos cônjuges, de o cônjuge não devedor, em vez de requerer a separação de bens, embargar com fundamento na não comunicabilidade da dívida, recorrendo à *tercería de dominio* (semelhante aos nossos embargos de terceiro), ou seja, um incidente processual na acção executiva para requerer que se levante a penhora por o proprietário do bem não ser o executado (art. 595.º da *Ley de Enjuiciamiento Civil*). O Tribunal Supremo tem negado a possibilidade de o cônjuge recorrer à *tercería de dominio*, pois esta exige que o cônjuge não devedor fosse o único proprietário do bem, o que não acontece estando em causa bens comuns, pois a comunhão não se traduz numa compropriedade em que cada cônjuge tem uma quota. Além disso, no âmbito destes embargos não podem discutir-se questões relativas à responsabilidade do património do cônjuge devedor ou do património comum, mas apenas questões relativas à propriedade do bem penhorado. Acresce ainda que o meio de defesa perante a penhora de bens comuns pelo pagamento de dívidas próprias consta do art. 1373.º do Cód. Civil espanhol (v., M.ª Teresa Bendito Cañizares, *Marido y mujer frente a las deudas del otro cónyuge: la tercería de dominio*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 12-63, M.ª Dolores Mas Badía, *La tercería de dominio ante el embargo de bienes gananciales*, Valencia, Tirant lo blanch, 1999, pp. 84-168, Nuria Hernández Rueda, *ob. cit.*, pp. 194-201, Carmen López Beltrán de Heredia, *La liquidación de la sociedad de gananciales*, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 257-261, e algumas decisões apresentadas por A. Ocaña Rodríguez, *ob. cit.*, pp. 161-175, e E. Serrano Alonso, *La liquidación de la sociedad de gananciales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, La Ley-Actualidad, S.A., 1997, pp. 91-95 e segs.). V., sobre a possibilidade de recurso à *tercería de dominio*, J. Puig Brutau, “Tercería de dominio sobre bienes gananciales”, *Revista de Derecho Privado*, tomo XLVII, 1963, pp. 422-435, Javier Seoane Prado, *ob. e loc. cit.*, pp. 383-387, Camino Sanciñena Asurmendi, *ob. cit.*, pp. 197-219, M.ª José Achón Bruñén, “Embargo de bienes gananciales por deudas de un cónyuge (Comentário a la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 29 de Abril de 1994, RAJ 2946)”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLIX, I, 1996, pp. 437-447, M.ª Dolores Mas Badía, *ob. cit.*, *passim*, Nuria Hernández Rueda, *ob. cit.*, pp. 186-203, Guilarte Gutiérrez, “El embargo de bienes gananciales..”, *ob. e loc. cit.*, p. 78, e L. Díez-Picazo/A. Gullón, *ob. cit.*, pp. 187 e 188. O art. 541.º, 3.º, da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, veio resolver a questão concedendo ao cônjuge do devedor o acesso à *tercería de dominio*, de acordo com a opinião de alguns autores como Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida, *et alii*, *Elementos de Derecho Civil. Familia*, cit., p. 216. Contra, Nuria Hernández Rueda, *ob. cit.*, pp. 244 e 245, que afasta a possibilidade de recurso à *tercería de dominio* pelo cônjuge do executado. Também Guilarte Gutiérrez, “Comentario al artículo 541”, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, in AAVV, sob a direcção de Antonio María Lorca Navarrete, tomo III, Valladolid, Lex Nova, 2000, p. 2579, e apesar de não deixar de admitir (p. 2573), afasta a *tercería de dominio* por ao cônjuge do devedor serem facultados os meios processuais concedidos ao próprio executado.

O § 771.º ZPO admite também a possibilidade de recurso a embargos de terceiro por parte do cônjuge não devedor se o credor penhorar bens seus, ou seja, que não pertencem ao seu devedor (tendo, por vezes, de afastar a presunção de propriedade prevista no § 1362.º do BGB). V., Schlüter, *ob. cit.*, p. 119.

por isso, do art. 1695.º). É evidente que, não tendo sido discutida a comunicabilidade da dívida, esta mesma questão pode levantar-se para efeitos de partilha e das eventuais compensações ao cônjuge que com os seus bens próprios pagou dívidas que eram comuns. O mesmo se diga se o cônjuge do executado nada disse, ou seja, o efeito cominatório do silêncio apenas produz efeitos na execução (a dívida considera-se comum e serão penhorados os bens comuns e subsidiária e solidariamente os bens próprios dos cônjuges). Não tendo sido discutida a questão da comunicabilidade nesse caso, também pode ser levantada no momento da liquidação e partilha para efeitos de eventuais compensações. Aliás, isso decorre do art. 825.º, n.º 2, do Cód. de Processo Civil, ao dizer que a dívida considera-se comum sem prejuízo da oposição que contra ela se deduz (quer oposição à execução quer em outro meio declarativo)⁷⁴⁴.

Por outro lado, se o cônjuge do executado negar a comunicabilidade (e basta isso) ou limitar-se a pedir a separação de bens a dívida continua a considerar-se própria, não obstante poder ser comum de acordo com a lei civil, questão que neste caso não é analisada (limita-se o cônjuge do executado a negar a comunicabilidade). Portanto, ou o credor tem título executivo contra os dois ou, tendo apenas contra um, só poderá considerar a dívida como comum de acordo com as regras da lei civil se o cônjuge do executado aceitar a comunicabilidade (ou nada disser). Não se coaduna, por isso, o regime processual com o direito substantivo. Pode, por isso, haver possibilidade de defraudar direitos de terceiros propositadamente se houver conluio entre os cônjuges. Estes podem pretender fugir ao pagamento de certas dívidas que são comuns mas que foram contraídas por um dos cônjuges que, p. ex., subscreveu uma letra (pense-se sobretudo nas dívidas contraídas no exercício do comércio de um cônjuge, nos termos do art. 1691.º, n.º 1, al. d)) ou ainda podem intencionalmente pretender alterar o seu regime de bens para o de separação e, com conhecimento do credor ou aproveitando a situação, decidem que o cônjuge do executado negará a comunicabilidade e requererá a separação de bens.

O regime actual do art. 825.º do Cód. de Processo Civil tentou aproximar o regime processual do direito substantivo, introduzindo a possibilidade de discutir a

⁷⁴⁴ Neste sentido, v., Lebre de Freitas/Ribeiro Mendes, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. 3.º, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 369, e M.ª José Capelo “Ainda o artigo 825.º do Código de Processo Civil: o alcance e valor da declaração sobre a comunicabilidade da dívida”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 3, n.º 5, 2006, p. 59.

comunicabilidade da dívida⁷⁴⁵. Portanto, e seguindo os princípios processuais da economia e da celeridade, tentou evitar-se que o credor tenha que intentar nova acção declarativa, prescindindo do título executivo que possui, facilitando o andamento processual e acelerando a satisfação da pretensão do exequente. A invocação da comunicabilidade permite que o cônjuge que não consta do título executivo extrajudicial subjacente à execução assumo o estatuto de executado. É um esquema semelhante ao utilizado quando, estando em causa a execução de título cambiário, se pretendia discutir a comercialidade subjacente à dívida com vista à penhora dos bens comuns (art. 10.º do Cód. Comercial), quando existia a moratória do art. 1696.º, n.º 2, e a que faremos referência mais pormenorizada *infra*. Se existiu acção declarativa prévia (não obstante título cambiário subscrito por um dos cônjuges) é aí que deve alegar-se e provar-se a comercialidade da dívida: ficando provada, podem, em execução, ser penhorados os bens comuns; não se demonstrando a referida comercialidade, na fase executiva restava ao credor esperar pela partilha das meações. Se o título executivo fosse extrajudicial a comercialidade substancial da dívida exequenda seria discutida na acção executiva (repare-se que, mesmo actualmente, do requerimento executivo deve

⁷⁴⁵ Atendendo à regulamentação do art. 825.º, M.ª José Capelo, “Pressupostos processuais...”, *loc. cit.*, p. 87, considera que não foi essencialmente a intenção de harmonizar os dois regimes o propósito do legislador, mas sim o de acautelar os interesses do credor.

Na tentativa também de harmonizar o regime substantivo com o processual, o art. 541.º, 3.º, da *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000, permite a penhora dos bens comuns, no caso de insuficiência de bens próprios do devedor para pagamento de dívida própria, dando-se disso conhecimento ao cônjuge do executado para que este se possa opor (com os mesmos meios de defesa do devedor) e/ou requerer a dissolução da comunhão e a separação de bens (v. também, os arts. 1373.º e 1393.º, *in fine*, do Cód. Civil espanhol). Introduce-se, assim, uma fase de discussão no processo executivo com princípio do contraditório. V., Nuria Hernández Rueda, *ob. cit.*, pp. 214-245. No entanto, Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida, *et alii*, *Elementos de Derecho Civil. Familia*, *cit.*, p. 216, consideram que a norma resolveu a questão da qualificação do cônjuge do devedor como terceiro (no caso de dívida própria do outro cônjuge) para efeitos de *tercería de dominio* mas “à custa de uma excessiva complexidade processual”. Também Nuria Hernández Rueda, *ob. cit.*, pp. 239-241, e Guilarte Gutiérrez, “El embargo de bienes gananciales tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, in AAVV, *Il Derecho de Familia y Sucesiones y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2.ª ed., Valladolid, Lex Nova, 2003, pp. 66-108, apontam alguns aspectos negativos ao art. 541.º referido, considerando a autora citada, ao contrário dos autores citados anteriormente, que fica definitivamente afastada a possibilidade de considerar o cônjuge do devedor como terceiro, negando-lhe a utilização da *tercería de dominio* (pp. 244 e 245).

No direito italiano não há norma processual que expressamente resolva a questão, tendo-se aplicado as regras relativas à divisão da propriedade (arts. 599.º do Cód. de Processo Civil italiano), com vista a citar o cônjuge do devedor para se pronunciar na acção, nomeadamente, para embargar de terceiro (v., Attardi, “Aspetti processuali...”, *ob. e loc. cit.*, pp. 966-969, Grasso, “Comunione legale ed espropriazione...”, *loc. cit.*, pp. 406 e 407, Raffaele Caravaglios, *ob. cit.*, tomo II, pp. 1082-1085, e L. Brusaglia, *ob. e loc. cit.*, p. 361). Defende-se a concessão de atribuição de poderes ao juiz para determinar o modo processual mais adequado para salvaguarda dos interesses em jogo (L. Barbiera, *ob. e loc. cit.*, p. 575), bem como a necessidade de intervenção legislativa para fixação de um modo processual adequado (A. Galasso, *ob. cit.*, p. 437). Aliás, não é só o meio processual que se discute, sendo polémica a questão de saber o que se entende pela meação do cônjuge devedor nos bens comuns, como já tivemos oportunidade de referir, *supra*, pp. 284-287.

constar a exposição dos factos que fundamentam o pedido, quando estes não constem de título executivo – art. 810.º, n.º 3, al. b), do Cód. de Processo Civil) em embargos de terceiro (que configuravam uma verdadeira acção declarativa apensada ao processo de execução)⁷⁴⁶. A diferença é que a análise da comunicabilidade da dívida, suscitada pelo exequente no requerimento executivo ou pelo executado no prazo que tem para deduzir oposição, limita-se a uma aceitação ou rejeição por parte do cônjuge do executado e não a uma apreciação judicial de facto e de direito, como acontecia com a análise da comercialidade substancial da dívida contraída.

Contudo, e por um lado, a citação do cônjuge do executado e o regime do art. 825.º do Cód. de Processo Civil só se aplica se os bens próprios do cônjuge devedor não forem suficientes para o pagamento da dívida por ele contraída, não obstante esta poder ser comum. Isto é, se os bens próprios do devedor forem suficientes, não havendo necessidade de requerer a penhora da sua meação nos bens comuns, o interesse do credor é satisfeito, não se discute a comunicabilidade da dívida e o devedor paga com bens próprios uma dívida que seria comum e, com isso, da responsabilidade do património comum, nos termos do art. 1695.º⁷⁴⁷. Neste caso, e como já referimos, resta apenas ao cônjuge devedor esperar por uma eventual compensação (art. 1697.º) no momento da liquidação e partilha da comunhão, onde se poderá e deverá discutir a questão. Portanto, havendo título executivo diferente de sentença contra um dos cônjuges cujos bens próprios são suficientes para o pagamento da dívida, o problema da articulação do regime processual (onde a dívida é própria) com o regime substantivo (onde a dívida é comum) continua a colocar-se.

Por outro lado, o art. 825.º do Cód. de Processo Civil prevê que o cônjuge do executado seja citado para aceitar ou negar a comunicabilidade da dívida, mas não é

⁷⁴⁶ V., Eurico Lopes-Cardoso, *ob. cit.*, p. 321, nota 1, e, na jurisprudência, o ac. do STJ, de 18.04.1947 (*RLJ*, ano 80.º, 1947/48, pp. 169 e segs.), e de 05.02.1980 (*loc. cit.*), e da RE, de 06.10.1988 (*BMJ*, n.º 380.º, 1988, p. 556). A. Lopes Cardoso, *A Administração dos Bens...*, *cit.*, pp. 334-336, apresentava esse mesmo caso de a dívida executada estar sujeita a moratória mas o exequente, por entender o contrário, penhorava bens comuns. De facto, os embargos de terceiro são o meio de defesa da posse por terceiro, isto é, por quem não sendo exequente nem executado na acção vê penhorados bens seus. Tendo presente que os embargos de terceiro comportam ampla possibilidade de discussão sobre a natureza comercial da obrigação fundamental ou subjacente ao título de crédito, seria uma infracção escancarada ao princípio da economia processual obrigar o credor, munido de título executivo contra o único cônjuge responsável, a socorrer-se da acção declarativa para aí convencer o cônjuge não devedor da natureza comercial da dívida exequenda [v., ac. do STJ de 25.06.1996 (<http://www.dgsi.pt/jstj>), e de 02.12.2004 (<http://www.dgsi.pt/jstj>)].

⁷⁴⁷ A questão da comunicabilidade só se coloca quando, no caso de insuficiência dos bens próprios, se penhoram bens comuns. Ora, o facto de se relegar a questão da comunicabilidade para o momento em que se verifica a insuficiência dos bens próprios do executado desvirtua o regime da responsabilidade subsidiária destes bens por dívidas comuns. V., M.ª José Capelo, “Pressupostos processuais...”, *loc. cit.*, p. 84.

propriamente discutida a comunicabilidade da mesma dívida como o seria numa acção declarativa de condenação; não tem o credor que fazer prova, como numa acção declarativa, que a dívida é comum⁷⁴⁸. Limita-se a alegar no requerimento executivo a mesma comunicabilidade e a requerer a citação do cônjuge do executado para este se pronunciar. Repare-se que, e será neste caso que pode levantar-se o problema, se o cônjuge do executado negar a comunicabilidade, tendo sido suscitada essa questão, e requerer a separação de bens, essa questão já não será analisada na liquidação e partilha que se segue, para efeitos de eventuais compensações, pois a separação e a partilha dos bens seguem-se à negação da comunicabilidade da dívida. Portanto, afastada a comunicabilidade na execução, não se compreende bem que no âmbito da mesma questão se levantasse, agora para efeitos de partilha, a questão da comunicabilidade que já teria sido afastada anteriormente. Assim, e ainda que o executado também possa requerer a citação do seu cônjuge para se pronunciar quanto à dívida, o que é certo é que o cônjuge do executado pode sempre negar a comunicabilidade, além de, no caso de a questão ser levantada pelo executado, já pode o cônjuge não devedor ter requerido a separação de bens (o que afasta a possibilidade de se discutir a comunicabilidade da dívida, nos termos do art. 825.º, n.º 6). O problema é que o executado, que é também interessado, não se pronuncia na execução sobre a comunicabilidade da dívida (apenas o seu cônjuge)⁷⁴⁹. Pode, por isso, prejudicar-se o cônjuge devedor que contraiu a dívida para benefício comum e agora, vendo negada a comunicabilidade pelo seu cônjuge, ser obrigado ao pagamento total da dívida, como própria, sem possibilidade de obter uma compensação na partilha subsequente à separação de bens requerida no âmbito da execução. A situação já será diferente se o cônjuge do devedor negar a comunicabilidade⁷⁵⁰ mas não requerer a separação (art. 825.º, n.º 4), situação em que a execução prossegue sobre os bens comuns. Neste caso, já parece ser de apreciar a questão em sede de partilha, ou seja, se a comunicabilidade foi negada, mas os bens comuns já penhorados assim se mantêm, e a execução prossegue como se a questão não

⁷⁴⁸ V., Lebre de Freitas/Ribeiro Mendes, *Código de Processo Civil...*, cit., p. 368.

⁷⁴⁹ E tendo o cônjuge do executado rejeitado a comunicabilidade, com as consequências daí decorrentes, sem intervenção do executado, não parece que a questão da comunicabilidade possa por este último ser levantada em oposição à penhora. Aliás, se o fizesse a execução estancaria, dado que não seria possível alargar o âmbito subjectivo do título (v., M.ª José Capelo, “Ainda o artigo 825.º...””, *loc. cit.*, p. 61).

⁷⁵⁰ M.ª José Capelo, “Ainda o artigo 825.º...””, *loc. cit.*, p. 60, nota 16, questiona se o cônjuge pode invocar outro fundamento para a comunicabilidade ou se apenas se tem que sujeitar a aceitar ou negar a comunicabilidade pelo fundamento invocado pelo exequente ou executado.

tivesse sido suscitada, a questão da comunicabilidade fica pendente e será analisada no momento da liquidação e partilha quando esta ocorrer.

O que é certo é que o legislador processual não regulou estas questões, nomeadamente, a de saber se fica precluída a possibilidade de se discutir a questão da comunicabilidade da dívida em momento ulterior, na partilha da comunhão, seja quando o cônjuge do executado nega ou aceita a comunicabilidade na acção executiva⁷⁵¹. Como vimos, o problema coloca-se no caso do cônjuge do executado rejeitar a comunicabilidade. De facto, aí o executado pode ser prejudicado se a dívida é substancialmente comum e não pode mais alegar a questão em sede de partilha da comunhão, sobretudo para efeitos de compensações. Assim, parece mais justo considerar que a “decisão” em matéria de comunicabilidade deve restringir-se à acção executiva, aplicando-se também no caso de aceitação ou rejeição da comunicabilidade o mesmo que no caso do silêncio (art. 825.º, n.º 2)⁷⁵². A força de caso julgado exigiria outras garantias processuais que não se verificam na alegação da comunicabilidade da dívida na acção executiva (como o princípio do contraditório e a produção de prova).

Depois, a circunstância de a dívida ter sido contraída por um dos cônjuges não lhe retira o carácter de dívida comunicável, como decorre do regime da responsabilidade por dívidas (art. 1691.º). É certo também que, de acordo com as regras substantivas, sempre que por uma dívida comum responderem bens próprios ou por uma dívida própria responderem bens comuns há lugar a compensações, nos termos do art. 1697.º, no momento da liquidação e partilha (arts. 1688.º e 1689.º). Ora, não obstante o regime processual considerar uma dívida própria ou comum e nesse sentido, e por força do art. 825.º do Cód. de Processo Civil, terem sido penhorados bens próprios ou comuns, não significa que isso coincida com o regime substantivo da responsabilidade por dívidas dos cônjuges. Há, assim, que articular o regime processual com o substantivo e uma das hipóteses seria, em vez da mera citação ao cônjuge para se pronunciar sobre a

⁷⁵¹ À questão do valor do silêncio já nos referimos, *supra*, pp. 301 e 302, e nota 744.

⁷⁵² Neste sentido, v., M.ª José Capelo, “Ainda o artigo 825.º...”, *loc. cit.*, p. 61. O problema que aqui poderá colocar-se, e referido pela autora, é, mais uma vez, a desarticulação entre a responsabilidade patrimonial e a acção executiva, dado que a dívida é para efeitos de execução, suspensa pela separação requerida pelo cônjuge do executado, considerada própria e para efeitos de liquidação da comunhão conjugal é considerada comum. Acresce ainda que, se foi o executado que suscitou a questão em sede executiva, pode a mesma discussão ocorrer no processo executivo e na liquidação e partilha da comunhão entre os mesmos sujeitos.

Rui Pinto, *A acção executiva...*, *cit.*, pp. 100 e 101, explicita que efectivamente não se trata de um verdadeiro incidente declarativo. De facto, a lei não exige qualquer prova ao exequente ou ao executado que alegam a comunicabilidade da dívida; não há intervenção do juiz, mas do agente de execução; não há contraditório (não é ouvido o executado ou o exequente, quando não seja este a suscitar a questão da comunicabilidade). Estamos antes perante um “procedimento sumário com cominatório pleno”.

comunicabilidade, introduzir na acção executiva uma verdadeira discussão sobre a comunicabilidade da dívida. Ou seja, enxertar na acção executiva uma fase de demonstração da comunicabilidade da dívida prévia à penhora dos bens⁷⁵³. Em todo o caso, mesmo mantendo-se a “audição” do cônjuge do executado no momento da penhora dos bens comuns, sempre se deveria discutir a questão da comunicabilidade nesse momento como incidente declarativo, permitindo-se, nomeadamente, a participação do executado, tal como se admite um apenso declarativo no caso de haver contestação à oposição do executado pelo exequente, que segue os termos do processo sumário de declaração (art. 817.º, n.º 2, do Cód. de Processo Civil). E, tal como a oposição deduzida pelo executado nas execuções em que é dispensada a citação prévia, também a discussão da comunicabilidade teria efeito suspensivo (art. 818.º, n.º 2, do Cód. de Processo Civil), isto é, não se praticam quaisquer outros actos na execução enquanto não for decidida a questão (tal como acontece com a dedução do pedido de separação ou da junção aos autos da certidão do pedido de separação deduzido em acção autónoma, nos termos do art. 825.º, n.º 7, do Cód. de Processo Civil).

No entendimento de M.^a José Capelo a matéria da comunicabilidade devia consubstanciar um incidente declarativo na fase liminar da acção executiva, devendo aplicar-se, *de jure condendo*, o regime geral dos incidentes da instância (arts. 303.º e 304.º do Cód. de Processo Civil). Se o credor o quisesse invocar, alegaria a comunicabilidade da dívida no requerimento executivo, oferecendo o rol de

⁷⁵³ V., neste sentido M.^a José Capelo, “Pressupostos processuais...”, *loc. cit.*, p. 84, que afirma que “a demonstração do conteúdo da penhora devia estar condicionada à demonstração *prévia* da comunicabilidade da dívida, pois só assim se controlava a verificação dos pressupostos da agressão do património comum, ou próprio, dos cônjuges”.

Também M. Teixeira de Sousa, *A acção executiva singular*, Lisboa, Lex, 1998, pp. 219 e 220, *apud* M.^a José Capelo, “Pressupostos processuais...”, *loc. cit.*, p. 82, nota 12, à luz da reforma processual de 1995/96, propôs como meio de compatibilizar a legitimidade aferida no título e a imposta pela responsabilidade patrimonial, a admissibilidade de uma intervenção principal do cônjuge do executado por iniciativa do exequente ou do executado. Tratar-se-ia de um incidente declarativo enxertado na execução. O mesmo autor (*A reforma da acção executiva*, Lisboa, Lex, 2004, pp. 95 e 96, *apud* M.^a José Capelo, “Ainda o artigo 825.º...”, *loc. cit.*, p. 60, nota 19), já sob a vigência da actual redacção do art. 825.º, tenta encarar a questão da comunicabilidade como um verdadeiro incidente sujeito a controlo jurisdicional (apesar de a lei não lhe dar o estatuto de incidente). Contra, Fernando Amâncio Ferreira, *ob. cit.*, p. 176 e nota 314, considerando que a acção executiva, estranha ao reconhecimento de direitos, não comporta a implementação de tal incidente.

Já à luz do Código de 1939, Alberto dos Reis (*Processo... cit.*, vol. I, pp. 283-285, e *Execução por dívidas... cit.*, pp. 40-42) defendia a intervenção do cônjuge do executado para efeitos de o responsabilizar. Mas restringia a faculdade de chamar à acção o cônjuge ao executado, pois entendia que o credor tinha sempre a possibilidade de propor acção declarativa com vista à obtenção de sentença condenatória contra ambos os cônjuges. A necessidade de discutir a comunicabilidade da dívida no processo executivo, desde que a execução não se fundasse em sentença, era, portanto, defendida por este autor (v., *Execução por dívidas... cit.*, p. 40). Pinto Coelho, *Direito da Família, cit.*, p. 271, defendia também a necessidade de se discutir a comunicabilidade da dívida na fase executiva, reformulando-se o processo de embargos de terceiro.

testemunhas e requerendo outros meios de prova. O devedor e o seu cônjuge seriam citados para efeitos de contestarem a comunicabilidade, seguindo-se os demais termos do incidente. Se se concluísse que a dívida era comum, a penhora incidiria sobre os bens comuns e, na sua falta ou insuficiência, sobre os bens próprios de qualquer um dos cônjuges. O mesmo se diga se a comunicabilidade for alegada pelo executado. Neste caso a invocação da comunicabilidade, alegada no prazo da oposição à execução ou à penhora, deveria permitir um incidente declarativo onde fossem ouvidos o cônjuge do executado e o exequente. A questão da natureza da dívida implica uma apreciação judicial de facto e de direito, não se devendo esgotar numa mera declaração de aceitação ou de rejeição. Se o cônjuge do executado aceitasse a comunicabilidade, e havendo bens comuns, proceder-se-ia à substituição dos bens próprios do executado entretanto penhorados⁷⁵⁴. Além disso, há certas dívidas em relação às quais não basta uma mera alegação de comunicabilidade e uma aceitação ou rejeição por parte do cônjuge do executado: pense-se, p. ex., nas dívidas contraídas no exercício do comércio onde existe uma presunção de proveito comum (art. 1691.º, al. d)), não se compreendendo bem, com a actual regulamentação, como pode o cônjuge vir ilidir a presunção.

Só assim, uma vez discutido o problema, estaria assente se a dívida era ou não comum e se penhorariam os bens próprios ou os comuns e se resolveria a questão para efeitos de partilha e de eventuais compensações. Tal como quando existia a moratória no art. 1696.º se entendia que as dívidas comerciais só estavam ressalvadas da mesma se se provasse a comercialidade substancial da dívida exequenda subjacente ao título, também se deverá entender que a comunicabilidade substancial da dívida deverá analisar-se para efeitos da penhora de bens comuns e do art. 825.º do Cód. de Processo Civil⁷⁵⁵.

Para mais, seria importante, além de estar de acordo com o princípio do contraditório, ouvir também o executado acerca da comunicabilidade da dívida e não apenas o seu cônjuge que aceita ou não a comunicabilidade (sem o executado ser ouvido sobre a questão)⁷⁵⁶. É evidente que o executado, além de poder requerer a citação do

⁷⁵⁴ M.ª José Capelo, “Pressupostos processuais...”, *loc. cit.*, pp. 85 e 87 e 88.

⁷⁵⁵ Ainda que possa “constabanciar um incidente complexo de apreciação judicial de factos e de meios de prova com eventuais entraves na celeridade desejada da execução” (M.ª José Capelo, “Pressupostos processuais...”, *loc. cit.*, p. 80).

⁷⁵⁶ Executado que, e como refere M.ª José Capelo, “O novo regime de execução das dívidas comuns...”, *loc. cit.*, p. 124, estará provavelmente em condições mais favoráveis de especificar o fim para o qual contraiu a dívida. Por seu lado, Teixeira de Sousa, *A reforma da acção executiva, cit.*, p. 96, *apud* M.ª José Capelo, “Ainda o artigo 825.º...”, *loc. cit.*, p. 59, nota 11, defende que a justificação para o cônjuge executado não ser ouvido reside no facto de ele não ser prejudicado por uma eventual comunicabilidade da dívida.

cônjuge para se pronunciar quanto à comunicabilidade da dívida, pode suscitar essa questão opondo-se à execução (v., o art. 816.º do Cód. de Processo Civil, que permite ao executado suscitar tudo que possa ser deduzido como defesa no processo de declaração (arts. 486.º e segs. do Cód. de Processo Civil)) ou à penhora (alegando que os bens penhorados não respondem pela dívida de acordo com o direito substantivo ou, pelo menos, que só podem ser penhorados a título subsidiário – art. 863.º-A, n.º 1, als. c) e b), do Cód. de Processo Civil)⁷⁵⁷. Mas o permitir-lhe discutir a questão sem mais incidentes facilitaria a tramitação processual. Melhor seria considerar esta questão da comunicabilidade para efeitos do art. 825.º do Cód. de Processo Civil como um verdadeiro incidente declarativo na fase executiva.

A tudo isto acresce que, e que denota a ausência de uma verdadeira discussão da comunicabilidade da dívida, a prática judiciária não encara o art. 825.º do Cód. de Processo Civil como uma possibilidade de discussão da comunicabilidade. Ou seja, quando o exequente, e se o exequente, invocar a comunicabilidade requerendo a citação do cônjuge do executado para se pronunciar sobre aquela, o habitual é este, a pronunciar-se, intentar separação judicial de bens em processo de inventário. Portanto, no final, a questão da comunicabilidade da dívida, do interesse do credor, que poderia com isso penhorar os bens comuns e os próprios de qualquer um dos cônjuges (e não só os do seu devedor), não tem relevância prática no âmbito do processo executivo. Diferente seria se a sua regulamentação constituísse um verdadeiro incidente declarativo na acção processual⁷⁵⁸.

⁷⁵⁷ Ainda que, como refere M.^a José Capelo, “Ainda o artigo 825.º...”, *loc. cit.*, p. 61, e como já o referimos, tendo o cônjuge do executado rejeitado a comunicabilidade, com as consequências daí decorrentes, sem intervenção do executado, não parece que a questão da comunicabilidade possa por este último ser levantada em oposição à penhora, o que faria estancar a execução, dado que não seria possível alargar o âmbito subjectivo do título.

O mesmo se diga do cônjuge do executado, uma vez citado para efeitos do art. 825.º do Cód. de Processo Civil, como já fizemos referência. Tal como à luz da anterior redacção do Cód. de Processo Civil o cônjuge do executado podia embargar de terceiro para defender a penhora sobre bens seus, mesmo que fosse citado para efeitos do art. 825.º (não deixava de ser terceiro), também agora se lhe faculta a possibilidade de oposição à execução e/ou à penhora, tal como o executado. Porém, ao cônjuge do executado será mais vantajoso rejeitar a comunicabilidade, sem mais, do que vir opor-se à execução ou à penhora com o mesmo fundamento. Entre executado e cônjuge do executado é este que sai mais afectado com a comunicabilidade e podendo rejeitá-la, mesmo que exista, fá-lo-á nos termos do art. 825.º. É o executado que terá interesse em ver essa questão discutida em processo executivo.

⁷⁵⁸ Repare-se que no processo de insolvência, findo o prazo das reclamações (arts. 141.º e segs. do CIRE), é possível reconhecer ainda outros créditos, bem como o direito à separação ou restituição de bens, de modo a serem atendidos no processo de insolvência, por meio de acção proposta contra a massa insolvente, os credores e o devedor (art. 146.º do CIRE). Trata-se de um apenso à acção de insolvência (semelhante aos embargos de terceiro) que segue, em obediência ao princípio do contraditório, os termos do processo sumário (art. 148.º do CIRE). Por que não admitir algo semelhante na discussão da comunicabilidade da dívida na acção executiva?

Como alternativa, M.^a José Capelo sugere remeter a questão da comunicabilidade para as relações internas entre os cônjuges, ou seja, mesmo que se penhorassem bens comuns sendo a dívida própria ou se se penhorassem bens próprios do executado sendo a dívida comum, os desequilíbrios seriam corrigidos por via das compensações patrimoniais no momento da partilha (altura em que também se aferiria a comunicabilidade ou não da dívida)⁷⁵⁹. É essa a solução do art. 1413.º do Cód. Civil francês, que já analisámos, e do art. 96.º do Código Civil holandês, ao dispor que por dívida própria de um dos cônjuges podem penhorar-se bens comuns, salvo se o outro cônjuge indicar a existência de bens próprios do devedor suficientes para o pagamento da dívida. O credor pode, assim, mais facilmente obter o seu pagamento mediante os bens comuns, sendo depois a situação resolvida nas relações internas mediante as devidas compensações (art. 96.º, 2.º). Também o § 860.º, 1.º, ZPO, considera a meação nos bens comuns impenhorável no decurso da comunhão, podendo responder integralmente os bens comuns, sem prejuízo das devidas compensações⁷⁶⁰.

A mesma ideia foi sugerida por Pinto Furtado, que alterou, porém, mais tarde a sua posição⁷⁶¹. De facto, entende o autor que o regime das compensações do art. 1697.º não determina a livre opção do credor quanto à responsabilidade dos bens conjugais, não podendo subverter as prioridades de responsabilidade patrimonial decorrentes da lei substantiva (que, quer nas dívidas comuns, no art. 1695.º, quer nas próprias dos cônjuges, no art. 1696.º, determina sempre a subsidiariedade da responsabilidade dos bens próprios ou dos comuns, respectivamente).

Assim, e para resolução deste problema, podem adoptar-se duas posições: ou se discute o problema da comunicabilidade da dívida, como verdadeiro incidente declarativo, com todas as garantias processuais, na acção executiva (com alteração do art. 825.º do Cód. de Processo Civil); ou se admite a responsabilidade dos bens comuns mesmo para as dívidas próprias dos cônjuges, que respondem, nesse caso, em bloco,

O único acórdão que encontramos que refere a possibilidade de discussão da comunicabilidade da dívida na acção executiva foi o ac. da RC, de 06.03.2007 (<http://www.dgsi.pt>). Em todo o caso, aí apenas se discutia a questão da legitimidade do cônjuge do executado. Com efeito, exigindo a lei que do requerimento executivo conste a identificação do cônjuge do executado, quando o exequente alegue que a dívida é comum, será uma excepção ao art. 55.º do Cód. de Processo Civil, dado não haver título executivo contra o cônjuge que não contraiu a dívida, não prevista no art. 56.º do mesmo Cód. de Processo Civil. Assim, decidiu a RC que o cônjuge deve constar do requerimento executivo para efeitos do art. 825.º do Cód. de Processo Civil, nomeadamente para discutir a comunicabilidade da dívida.

⁷⁵⁹ M.^a José Capelo, “Ainda o artigo 825.º...”, *loc. cit.*, p. 63.

⁷⁶⁰ Beitzke/Lüderitz, *ob. cit.*, p. 154, e Lüderitz/Dethloff, *ob. cit.*, p. 130.

⁷⁶¹ Pinto Furtado, *Código Comercial...*, *cit.*, p. 64, que alterou o seu modo de ver mais tarde na obra *Disposições Gerais...*, *cit.*, pp. 40-42.

sem apuramento da meação de cada cônjuge e sem liquidação da comunhão de bens, remetendo-se as devidas compensações para o momento da partilha (com alteração das regras do Cód. Civil em matéria de responsabilidade por dívidas). A primeira solução pode provocar atrasos processuais com prejuízos para os credores. A última solução (semelhante à prevista no ordenamento jurídico francês – v., o art. 1413.º do Cód. Civil francês), se permite acautelar melhor os interesses dos credores, pode gerar os problemas que se põem às compensações em geral, ou seja, a dificuldade do seu apuramento e cálculo. Salva-guarda os interesses dos terceiros credores que contrataram com os cônjuges, mas à custa do prejuízo eventual de um dos cônjuges que vê os bens comuns responderem por dívidas do seu cônjuge e podendo não acautelar o seu reembolso no momento da liquidação e partilha.

4. Das dívidas comerciais: os arts. 10.º e 15.º do Cód. Comercial

Articulação do Cód. Civil com o Cód. Comercial em matéria de responsabilidade por dívidas dos cônjuges: principais problemas

4.1 Dívidas comerciais da responsabilidade de ambos os cônjuges (art. 15.º do Cód. Comercial e art. 1691.º, n.º 1, al. d), do Cód. Civil)

De entre as dívidas dos cônjuges, aquelas cujo regime tem suscitado, desde há muito, as maiores dúvidas na doutrina e na jurisprudência são as dívidas comerciais. As divergências surgidas entre os autores, aliada à importância prática da matéria, explicam que várias tentativas tenham sido feitas, na legislação e na jurisprudência, para as sanar⁷⁶².

Como vimos, a al. d) do n.º 1 do art. 1691.º foi introduzida no projecto do Cód. Civil de 1966 a partir da 2.ª revisão ministerial, tendo sido alterada pela Reforma de 1977, em termos que completam, de algum modo, a nova doutrina do art. 15.º do Cód. Comercial.

⁷⁶² Nas palavras de Pinto Furtado, “Dívidas comerciais...”, *loc. cit.*, p. 35, “a responsabilidade por *dívidas comerciais*, quando simultaneamente se esteja em presença de uma *sociedade conjugal*, tem sido um verdadeiro quebra-cabeças da nossa jurisprudência prática, mais por defeito das sucessivas alterações legislativas e dificuldade da sua coordenação do que propriamente pela sua complexidade intrínseca”.

Por outro lado, não foi apenas o art. 15.º do Cód. Comercial que levantou alguns problemas acerca da sua vigência, após em entrada em vigor do Cód. Civil de 1966. Também o art. 10.º do mesmo código foi objecto de controvérsia, tendo até sido considerado como revogado por imposição da al. d) do n.º 1 do art. 1691.º, como já atrás referimos.

Tais referências ao Cód. Comercial, em especial aos seus arts. 10.º e 15.º, impõem uma análise destes artigos e a sua articulação com o Cód. Civil⁷⁶³.

Quando, em 1888, surgiu o Cód. Comercial, estava já em vigor o Cód. de Seabra, e, especialmente, o seu art. 1114.º, § 2.º. Jogando com esta disposição, veio o art. 15.º do Cód. Comercial estipular que “as dívidas provenientes de actos comerciais contraídas só pelo marido comerciante, sem outorga da mulher, presumir-se-ão aplicadas em proveito comum dos cônjuges”⁷⁶⁴.

Os dois preceitos imbricavam perfeitamente um no outro: as dívidas do marido tornavam-se comuns quando aplicadas em proveito comum (§ 2.º do art. 1114.º); mas se o marido fosse comerciante, as suas dívidas comerciais presumiam-se contraídas em proveito comum (art. 15.º do Cód. Comercial). Logo, seriam, em princípio, comunicáveis ao outro cônjuge, cumprindo a este ilidir tal presunção. Esta presunção de proveito comum do art. 15.º do Cód. Comercial, em benefício dos credores, visava facilitar o enquadramento das referidas dívidas como comuns, para o efeito de vincular à respectiva satisfação todos os bens do casal. Tal presunção justificava-se, dado que, sendo comerciante quem exerce profissionalmente o comércio (art. 13.º, n.º 1, do Cód. Comercial), isto é, quem faz da actividade mercantil meio de vida e através dela angaria os recursos necessários à manutenção da sua família, por via de regra a sua exploração comercial não o beneficia só a ele, mas também ao seu cônjuge.

O Cód. Civil de 1966 veio regular essa matéria em termos substancialmente diferentes, visto que a al. d) do n.º 1 do art. 1691.º declarava serem da responsabilidade

⁷⁶³ Como refere Helena Salazar, “Breves notas sobre a responsabilidade pelas dívidas contraídas por um dos cônjuges no exercício da actividade comercial”, in AAVV, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil...*, cit., pp. 351 e 352, a protecção do comércio, aliada à protecção do credor e à tutela do crédito, poderia justificar a natureza excepcional do regime das dívidas comerciais. Mas, as repercussões que esse regime gera ao nível familiar tornam difícil o equilíbrio entre interesses familiares e mercantis.

⁷⁶⁴ O desejo de ver consagrada no Cód. Comercial a presunção de proveito comum que o art. 15.º do Cód. Comercial veio consagrar era manifestada, p. ex., na *RLJ*, ano 11.º, cit., p. 424, onde se afirmava que “Conviria (...) que as dívidas *commercias* contrahidas pelo marido *commerciant*e tivessem ao menos a seu favor a *presumpção* de terem sido applicadas em proveito comum dos cônjuges, para o effeito de responderem por ellas todos os bens comuns do casal”. Enquanto não se consagrou aquela presunção a meação da mulher nos bens comuns, nos termos do art. 1114.º, § 2.º, só seria responsável por dívidas contraídas pelo marido, ainda que comerciante, se este ou os credores provassem que a mesma dívida fora contraída em proveito comum do casal.

de ambos os cônjuges as dívidas contraídas por qualquer deles no exercício do comércio, salvo se vigorasse entre eles o regime de separação de bens. Ora, se a lei civil considerava comunicável a dívida assumida por qualquer um dos cônjuges no exercício do comércio deixava de interessar a presunção de proveito comum estabelecida no art. 15.º do Cód. Comercial, uma vez que o proveito comum já não era preciso para provocar a comunicabilidade (a referida al. d) não admitia prova em contrário, no sentido de a dívida não ter sido contraída em proveito comum). A conclusão mais intuitiva a tirar era a de que o art. 15.º do Cód. Comercial estava revogado⁷⁶⁵. Mas, parte da doutrina, reconhecendo, todavia, ter o preceito sido esvaziado da maior parte do seu conteúdo, procurava ainda assinalar-lhe um efeito útil. Assim, para além de Ferrer Correia que procurava descobrir alguma utilidade ao referido art. 15.º nos regimes de comunhão⁷⁶⁶, Fernando Olavo, J. G. Sá Carneiro, A. Lopes Cardoso, Antunes Varela, entre outros, consideravam, com efeito, que o alcance do então art. 15.º do Cód. Comercial tinha sofrido uma diminuição significativa, sendo parcialmente revogado

⁷⁶⁵ Partilhavam essa posição, entre outros, Castro Mendes, “Breve nota...”, *loc. cit.*, pp. 293-294, Pinto Furtado, *Código Comercial...*, *cit.*, p. 58, *Disposições gerais...*, *ob. cit.*, pp. 77 e 78, e “Dívidas comerciais...”, *loc. cit.*, p. 66, e de certo modo, Pereira Coelho, *Curso de Direito da Família*, policopiado, Coimbra, 1967, pp. 123 e 124, que considera o art. 15.º do Cód. Comercial “modificado”, e Pires de Lima, “Anotação ao ac. do STJ, de 6 de Dezembro de 1966”, *RLJ*, ano 100.º, 1967/68, p. 245, onde afirma que deixou de interessar a presunção de benefício comum que conduziria, se não fosse ilidida, à aplicação do disposto na al. c) do n.º 1 do art. 1691.º, para se estabelecer, directa e imperativamente, a responsabilidade, em primeiro lugar, dos bens comuns, e, na sua falta ou insuficiência, a responsabilidade dos bens próprios de qualquer dos cônjuges, em regime de solidariedade (art. 1695.º, n.º 1). O art. 15.º do Cód. Comercial estaria, portanto, “alterado”. Não interessaria agora ilidir a presunção de que as obrigações foram contraídas em proveito comum do casal. Cfr., neste sentido, os ac. da RL, de 13.02.1976 (*Col. Jurisp.*, tomo I, 1976, p. 232); de 16.01.1979 (*loc. cit.*); e de 03.03.1983 (*Col. Jurisp.*, tomo II, 1983, p. 89).

⁷⁶⁶ De facto, Ferrer Correia, *Aditamento às Lições de Direito Comercial (a mulher casada e o exercício do comércio)*, policopiado, coligido por Fernando José Bronze e revisto por António Caeiro, Coimbra, Unitas, 1971, pp. 39-45, alegava que, nos casos de vigorar entre os cônjuges um dos regimes de comunhão, o interesse do art. 15.º do Cód. Comercial existirá quando o credor comercial não puder fazer a prova de que a dívida foi contraída no exercício do comércio do devedor, não beneficiando então do disposto na al. d) do n.º 1 do art. 1691.º. Nessa hipótese, o credor beneficia da presunção para o efeito de se considerar existir comunicabilidade da dívida por ter sido contraída pelo cônjuge comerciante e administrador nos limites dos seus poderes de administração (art. 1691.º, n.º 1, al. c)). Neste sentido pronunciou-se o ac. do STJ, de 27.07.1971 (*BMJ*, n.º 209.º, 1971, p. 98).

Contudo, e acompanhando A. Lopes Cardoso (*A Administração dos Bens...*, *cit.*, pp. 211 e 212), nessa hipótese, em que o credor não conseguiu provar que o acto fonte da dívida foi praticado no exercício do comércio pelo cônjuge devedor, é porque soçobrou um dos elementos que pode fazer deflagrar o funcionamento da presunção de proveito comum (a dívida ser contraída no exercício do comércio). De facto, a presunção do art. 15.º do Cód. Comercial tem dois pressupostos: ser o cônjuge comerciante; ser a dívida comercial. Mas, quanto a este último, não basta provar-se apenas que a dívida é comercial, *tout court*, mas que é, como tal, conexas com o comércio que o cônjuge exerce. Os dois pressupostos estão, assim, ligados, sob pena de, p. ex., ter de considerar-se aplicável a referida presunção quando o cônjuge comerciante assina uma letra de favor, já que, gerando a letra objectiva e abstractamente um acto de comércio, estaria preenchido o pressuposto. Só não é assim precisamente porque esse facto não estará, eventualmente, ligado ao puro exercício do comércio do cônjuge comerciante. O outro cônjuge, nesse caso, procuraria ilidir não tanto a presunção de proveito comum (já que esta não existe, em princípio, numa letra de favor), mas até a aplicação da própria presunção, por faltar um dos pressupostos que a condicionam. Como pode funcionar a presunção sem um dos seus pressupostos?

pelo Cód. Civil de 1966, mas teria utilidade no regime de separação de bens⁷⁶⁷. Em face da al. d) do n.º 1 do art. 1691.º a presunção do art. 15.º do Cód. Comercial já não teria interesse. Para quê a presunção, para fazer responder ambos os cônjuges, se a lei civil imperativamente estabeleceu essa responsabilidade, sem cuidar de saber se houve ou não proveito comum? A utilidade encontrada por esses autores para o mencionado art. 15.º podia verificar-se no regime de separação de bens (onde as dívidas contraídas pelo cônjuge comerciante, no exercício do comércio, só se presumiam comuns, ao contrário dos outros regimes, onde eram sempre comuns, sendo inadmissível prova em contrário).

A solução do problema passava por determinar se nesse regime de separação assumia ou não relevância, para a qualificação da dívida como de responsabilidade comum, o facto de ter sido contraída em proveito comum do casal (pois, se não assumisse tal relevância tornava-se, aí sim, inútil a presunção do art. 15.º do Cód. Comercial). Ora, no regime de separação de bens, como nos outros regimes, são da responsabilidade de ambos os cônjuges as dívidas, nomeadamente, previstas nas als. b) e c) do n.º 1 do art. 1691.º. Tais dívidas podem contrair-se no exercício do comércio. As da al. b) porque será mediante os resultados obtidos na sua actividade comercial que o comerciante normalmente fará face aos encargos da sua vida familiar e para esses resultados concorre, em geral, o produto de tais dívidas (nem faria sentido que, beneficiando ambos os cônjuges de tais dívidas, elas não se considerassem comuns).

Pinto Furtado afasta este entendimento, perfilhado por outros autores, dizendo que no caso da al. b) a responsabilidade comum dos cônjuges resulta de a dívida ter sido contraída para ocorrer aos encargos normais da vida familiar e esta ocorrência tem de ser demonstrada pelo credor⁷⁶⁸. Ora, da aplicação do art. 15.º do Cód. Comercial, no âmbito desta alínea, só poderia resultar a presunção de proveito comum e não a satisfação de encargos da vida familiar. Concordamos com esta posição, já que a presunção do art. 15.º do Cód. Comercial apenas indica o proveito comum. O credor terá de provar que a dívida contraída no exercício do comércio não só foi contraída em benefício do casal mas também para ocorrer aos encargos normais da vida familiar⁷⁶⁹.

⁷⁶⁷ Fernando Olavo, *ob. cit.*, pp. 217-223, J. G. Sá Carneiro, “Anotação ao ac. RP, de 3 de Abril de 1970”, *Revista dos Tribunais*, ano 89.º, 1970, p. 278, “Anotação ao ac. do STJ, de 4 de Janeiro de 1972”, *Revista dos Tribunais*, ano 90.º, 1972, p. 184, e “Os arts. 10.º e 15.º...”, *loc. cit.*, ano 90.º, 1972, pp. 339-341, e pp. 440-444, ano 91.º, 1973, pp. 195-197 e p. 439, e ano 92.º, 1974, pp. 5-17, A. Lopes Cardoso, *A Administração dos Bens...*, *cit.*, pp. 209-214, “Alguns aspectos das dívidas comerciais...”, *loc. cit.*, pp. 401-422, e “Alguns aspectos das dívidas dos cônjuges...”, *loc. cit.*, p. 114, e Antunes Varela, *ob. cit.*, p. 402, nota 1.

⁷⁶⁸ Pinto Furtado, *Código Comercial...*, *cit.*, pp. 59 e 60.

⁷⁶⁹ V., *supra*, p. 180, nota 461.

As dívidas previstas na al. c) podem também contrair-se no exercício do comércio, porque poderá acontecer que um dos bens que um dos cônjuges administra seja um estabelecimento comercial, para o funcionamento do qual contrai dívidas, no exercício e nos limites dos seus poderes de administração, cujos benefícios aplicará na satisfação de necessidades familiares⁷⁷⁰.

Assumindo, assim, relevância, para o efeito de responsabilizar ambos os cônjuges, casados em regime de separação de bens, o facto de as dívidas serem contraídas no exercício do comércio em proveito comum, parecerá continuar a valer a presunção do art. 15.º do Cód. Comercial nessas situações. Para mais, argumentam os autores, o n.º 3 de art. 1691.º revela bem que alguma presunção desta espécie subsistiu, como o mencionado art. 15.º, e, logo, não houve intenção de o revogar completamente⁷⁷¹.

Quando vigorasse entre os cônjuges o regime de separação de bens o art. 15.º do Cód. Comercial aplicar-se-ia às dívidas comerciais contraídas por ambos os cônjuges (muito embora o artigo só se referisse ao marido; aliás, a al. d) do n.º 1 do art. 1691.º aplicava-se indistintamente aos dois cônjuges), funcionando a presunção de proveito comum.

Havia então que distinguir, relativamente ao art. 15.º do Cód. Comercial, quanto às dívidas contraídas no exercício do comércio por um dos cônjuges, se entre eles vigorava o regime de separação de bens ou não. Se não vigorasse tal regime, tais dívidas eram, necessariamente, comuns (art. 1691.º, n.º 1, al. d)). Se vigorasse, presumiam-se, salvo prova em contrário, contraídas em proveito do casal, para o efeito do disposto nas als. b) e c) do n.º 1 do art. 1691.º.

Tal sistema permitiria satisfazer as necessidades da vida comercial, permitiria o reforço do crédito, evitaria que um dos cônjuges se locupletasse à custa de quem concedeu o crédito para o comércio de onde o outro extrai os recursos de que, em regra, ambos beneficiam e asseguraria um justo equilíbrio de interesses na medida em que, nos

⁷⁷⁰ Contra a aplicação das als. b) e c) do n.º 1 do art. 1691.º, nas situações referidas no texto, v., o ac. da RP, de 27.03.1990 (*loc. cit.*). Também os ac. do STJ, de 08.05.1979 (*loc. cit.*); e de 19.06.1979 (*BMJ*, n.º 288.º, 1979, p. 409); e da RL, de 16.01.1979 (*loc. cit.*), que, na aplicação ao caso concreto, negam a verificação dos requisitos das als. b) e c) do n.º 1 do art. 1691.º, por falta de prova da verificação dos respectivos requisitos, no regime de separação de bens.

⁷⁷¹ O que, aliás, resulta dos trabalhos preparatórios do Cód. Civil de 1966 – cfr. Braga da Cruz, “Capacidade patrimonial dos cônjuges...”, *loc. cit.*, pp. 392 e 393.

A existência do art. 1691.º, n.º 3, comprova a vigência do art. 15.º do Cód. Comercial. V., Fernando Olavo, *ob. cit.*, p. 221, referindo que esse n.º 3 nunca se justificaria só para se reportar a futuras disposições legais, e J. G. Sá Carneiro, “Os arts. 10.º e 15.º...”, *loc. cit.*, ano 90.º, 1972, p. 443. Neste sentido, v., entre outros, o ac. do STJ, de 11.10.1979 (*loc. cit.*). Em sentido contrário, v., Pinto Furtado, *Código Comercial...*, *cit.*, p. 60, para quem o n.º 3 do art. 1691.º não está a manter a vigência do art. 15.º do Cód. Comercial, mas a prevenir disposições futuras em que expressamente se preveja esse proveito.

regimes em que os proventos profissionais entram na comunhão, atribuiria às referidas dívidas natureza de comuns e, no regime de separação, em que aquela comunhão se não verifica, estabeleceria apenas uma presunção ilidível de proveito comum⁷⁷².

O Dec.-Lei n.º 363/77, de 2 de Setembro, alterou a redacção do art. 15.º do Cód. Comercial, procurando compatibilizá-lo com a redacção da al. d) do n.º 1 do art. 1691.º. Com efeito, dizia-se no relatório do diploma que “a nova redacção dada pelo art. 3.º ao art. 15.º do Código Comercial coloca os dois cônjuges em pé de igualdade no tocante às dívidas comerciais dos comerciantes”, muito embora tal entendimento já fosse comum na prática doutrinal e jurisprudencial. Continuava dizendo que se aproveitava “o ensejo para pôr de acordo o art. 15.º do Código Comercial com a al. d) do n.º 1 do art. 1691.º do Código Civil. Este preceito veio lançar confusão na doutrina e na jurisprudência, dando azo a que se entendesse, contra a opinião dominante, ter ele revogado o art. 15.º”.

O actual art. 15.º do Cód. Comercial não refere a separação de bens nem manteve a presunção de proveito comum: independentemente do regime de bens afirma-se que as dívidas comerciais do cônjuge comerciante se presumem contraídas no exercício do comércio⁷⁷³.

Entretanto, também a al. d) do n.º 1 do art. 1691.º foi alterada pelo Dec.-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, passando a referir que são da responsabilidade de ambos “as dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges no exercício do comércio, salvo se se provar que não foram contraídas em proveito comum do casal ou se vigorar entre os cônjuges o regime de separação de bens”. Para se dissiparem todas as dúvidas que se suscitavam, o preceito passou a admitir uma presunção implícita de proveito comum, que explicitamente constava da versão primitiva do art. 15.º do Cód. Comercial. Onde antes a al. d) consagrava uma autêntica presunção não ilidível, estabelece hoje uma simples presunção ilidível, no sentido de que as dívidas comerciais contraídas pelo cônjuge comerciante beneficiam ambos os cônjuges. Mais do que o Cód. Comercial se ter adaptado ao art. 1691.º, n.º 1, al. d), do Cód. Civil de 1966, teve este, na Reforma de 1977, de se adaptar ao novo art. 15.º do Cód. Comercial.

⁷⁷² E não se argumente, em sentido contrário, que no domínio do Cód. de Seabra o art. 15.º do Cód. Comercial não era aplicado ao regime de separação de bens, pois também aí a opinião dominante era no sentido de que, nesse regime, não se podia fazer prova do proveito comum.

⁷⁷³ Por tal motivo, considera Pinto Furtado, *Disposições Gerais...*, cit., p. 78, ter o legislador confirmado a tese da revogação por ele partilhada. De facto, é curioso notar que, apesar da preocupação do legislador, expressa no relatório do Dec.-Lei n.º 363/77, de 2 de Setembro, que daria a entender que o art. 15.º do Cód. Comercial nunca fora revogado, o novo texto dado a esse artigo corresponde a uma efectiva revogação dele, pois onde antes se falava em presunção de proveito comum passou agora a falar-se em presunção de contração da dívida no exercício do comércio.

No regime de separação de bens é possível, p. ex., face à al. c) do n.º 1 do art. 1691.º, ao credor provar que determinada dívida foi contraída em proveito comum do casal para o efeito de fazer responder ambos os cônjuges⁷⁷⁴, mas já não poderá sustentar-se existir uma presunção de proveito comum quando se trate de dívidas contraídas por qualquer um dos cônjuges no exercício do comércio, que o art. 15.º do Cód. Comercial consentia anteriormente (cabendo aí ao cônjuge ilidir a presunção).

Nos regimes que não o de separação de bens, o cônjuge não comerciante (ou do comerciante) está confrontado, como já referimos, com uma dupla presunção se quiser defender-se da sua responsabilidade (se bem que a defesa contra a primeira exclua a necessidade de recurso à segunda, por iniciativa própria). Em primeiro lugar, poderá ilidir a presunção de que a dívida comercial do cônjuge comerciante foi contraída no exercício do seu comércio (art. 15.º do Cód. Comercial). Feita a prova contrária, excluída estará a sua responsabilidade que resultava do art. 1691.º, n.º 1, al. d). Mas, em segundo lugar, mesmo que não logre ilidir essa presunção, e se vier a apurar que a dívida foi contraída no exercício do comércio, poderá ainda ilidir a presunção implícita de que ela foi contraída em benefício do casal, provando que, pelo contrário, ela não foi contraída em proveito comum (art. 1691.º, n.º 1, al. d))⁷⁷⁵. Por outro lado, e em terceiro lugar, pode acontecer que, tendo o cônjuge ilidido a primeira presunção, provando que a dívida não foi contraída no exercício do comércio do cônjuge comerciante, o credor venha ainda provar (e aí o ónus é dele) que a dívida foi praticada em proveito comum ou para ocorrer aos encargos normais da vida familiar, obtendo a responsabilidade de ambos, já não por força da referida al. d), mas face às als. b) e/ou c) do n.º 1 do mesmo art. 1691.º⁷⁷⁶.

Nem toda a doutrina e jurisprudência entende neste sentido. Com efeito, em sentido contrário pronunciou-se, como já referimos, o ac. da RP, de 09.06.1998 (*loc. cit.*) e A. Lopes Cardoso. Refere este autor que, sendo indiscutível que no regime de separação é possível responsabilizar ambos os cônjuges com fundamento no proveito comum do casal, seria de admitir que, pelo menos com base neste proveito, a dívida seria comum (excluída a al. d) a dívida caberia na al. c)). A única diferença seria quanto ao ónus da prova do mesmo proveito comum. Afasta, porém, tal entendimento com fundamento na evolução histórica do regime das dívidas comerciais. Com a entrada em vigor do Cód.

⁷⁷⁴ V., ac. do STJ, de 10.04.1973 (*loc. cit.*).

⁷⁷⁵ V., p. ex., o ac. da RL, de 24.06.1999 (*BMJ*, n.º 488.º, 1999, p. 405).

⁷⁷⁶ Remetemos aqui para o que já foi dito *supra*, pp. 181 e segs.

Civil, o art. 15.º do Cód. Comercial teve de adaptar-se ao novo art. 1691.º, n.º 1, al. d), que estabeleceu que as dívidas contraídas no exercício do comércio obrigavam ambos os cônjuges, salvo no regime de separação de bens. Por sua vez, o n.º 3 do mesmo artigo estabelece que o proveito comum não se presume, excepto nos casos em que a lei o declarar. Era então levado a concluir que a manutenção da presunção do art. 15.º do Cód. Comercial servia para o regime de separação de bens. Porém, o art. 15.º do Cód. Comercial foi alterado, desaparecendo aquela presunção de proveito comum. Daí que terá de extrair-se todas as consequências da excepção do regime de separação prevista na al. d) do n.º 1 do art. 1691.º. “Na verdade, seria absurda e ilógica a redacção e o espírito da norma em causa se ela não quizesse ser totalmente restritiva. E se, hoje, quizessemos defender que a única diferença era que no regime de separação seria ao credor que incumbia o ónus de provar que a dívida contraída no exercício do comércio o fora em proveito comum do casal, haveria uma boa dose de hipocrisia em tão fluída distinção, pois seria fácilimo para o autor fazer tal prova, já que toda a gente sabe que nada de mais provável do proveito comum do que a dívida ser contraída no exercício da profissão de que vive a família, de que o comércio é paradigma”⁷⁷⁷. Assim, a lei não admite, para o autor, que se possa discutir se o outro cônjuge é ou não responsável por uma dívida que diz respeito ao estabelecimento comercial do cônjuge comerciante. Não há, por isso, hipótese de proveito comum mesmo que o casal viva desse estabelecimento.

A solução apresentada pelo autor citado parece-nos demasiado restritiva. Além disso, a lei não impede que, no regime de separação de bens, haja dívidas comuns por força das als. b) e /ou c) do n.º 1 do art. 1691.º, no caso de dívidas contraídas no exercício do comércio e desde que preenchidos os seus pressupostos.

Como vimos, provado (ou presumido) que a obrigação assumida pelo cônjuge comerciante o foi no exercício do seu comércio, terá o interessado de demonstrar ou que não foi contraída em proveito comum do casal ou que o regime de bens dos cônjuges é o de separação. O credor não terá de provar que a dívida foi contraída no exercício do comércio, cabendo-lhe apenas provar que a dívida é comercial (resultou de um acto do comércio).

O cônjuge do devedor (ou o próprio devedor) é que terá de demonstrar (a fim de evitar que o credor responsabilize ambos os cônjuges) que a dívida, embora comercial,

⁷⁷⁷A. Lopes Cardoso, “Da responsabilidade dos cônjuges por dívidas comerciais”, *ob. e loc. cit.*, p. 191.

não derivou do exercício do comércio do devedor, ilidindo, assim, a presunção do art. 15.º do Cód. Comercial⁷⁷⁸; ou então de demonstrar que a dívida, apesar de ter surgido no exercício do comércio do devedor (art. 15.º do Cód. Comercial) não foi contraída em proveito comum do casal. Difícil será ilidir esta última presunção⁷⁷⁹, pois o normal é que o comércio do cônjuge (casado num dos regimes de comunhão) seja exercido com vista a granjear proveitos a aplicar em benefício da família.

O caso do comércio explorado por um cônjuge separado de facto foi apresentado como um exemplo do comércio não exercido em proveito comum do casal. Mas, parece não bastar esta situação de separação de facto para excluir o proveito comum, sendo preciso para tanto que se verifiquem outras circunstâncias. Pode acontecer que o cônjuge comerciante, embora separado de facto, contribua com os proventos da sua exploração comercial para o sustento do outro cônjuge⁷⁸⁰. Há ainda quem vá mais longe e entenda que o proveito comum nunca ficará excluído, visto que os proventos derivados do exercício do comércio por um dos cônjuges serão sempre susceptíveis de aumentar a meação do outro cônjuge nos bens comuns (nos regimes de comunhão). Parece, contudo, exagerada tal posição... Uma coisa é impor ao cônjuge do comerciante uma participação quotidiana nas responsabilidades quando ele usufrui também regularmente das vantagens da actividade profissional; outra coisa é onerá-lo com a

⁷⁷⁸ V., a este propósito, o ac. da RP, de 13.12.1974 (*BMJ*, n.º 243.º, 1975, p. 323).

⁷⁷⁹ J. A. Domingues Damas, *ob. e loc. cit.*, pp. 200-203, considera não haver aí qualquer presunção de proveito comum mas uma repartição do ónus da prova. Mas, se o cônjuge do devedor não conseguir provar que a dívida não foi contraída em proveito comum, a dívida será comum, nos termos do art. 1691.º, n.º 1, al. d), o que conduz ao mesmo resultado.

⁷⁸⁰ V., p. ex., o ac. do STJ, de 09.11.1962 (*BMJ*, n.º 121.º, 1962, p. 352). V. também, os ac. da RL, de 19.01.1979 (*loc. cit.*); e da RC, de 15.05.1990 (*loc. cit.*), que considerou incomunicável à mulher, havendo separação de facto, a dívida resultante da compra, pelo marido, de uma báscula para um camião pertença comum do casal; de 09.11.1993 (*Col. Jurisp.*, tomo V, 1993, p. 29); e de 09.11.1999 (*BMJ*, n.º 491.º, 1999, p. 334, considerando dívida própria a dívida proveniente da aquisição de azeite contraída no exercício do comércio pelo marido separado de facto e tendo deixado de contribuir, desde essa altura, para o sustento da mulher e filha do casal).

J. A. Domingues Damas, *ob. e loc. cit.*, pp. 205 e 206, entende que, no caso de separação de facto, não existirá proveito comum mesmo quando haja sustento do outro cônjuge à custa dos rendimentos da actividade comercial do comerciante, já que isso resultará do cumprimento do dever de assistência que não pressupõe a ideia de proveito comum, podendo até verificar-se após a dissolução do casamento. Entende que a separação de facto constitui a negação do elemento teleológico da ideia de proveito comum, pois deixando de existir a solidariedade institucional entre os cônjuges deixaria de existir a ideia de proveito comum que tem implícita a ideia de unidade da instituição familiar. Contra, pronunciou-se João António Almeida Garrett, "Dívidas comerciais", *Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique*, n.º 1 (Junho), 1998, p. 60, nota 18 (havendo separação de facto, mas beneficiando o cônjuge do comerciante das vantagens económicas que a este advêm do exercício do comércio, terá de concluir-se pela existência de proveito comum, porque existe benefício patrimonial para o cônjuge do comerciante e, por isso, será legítimo responsabilizá-lo pelo pagamento das dívidas que decorram desse exercício).

Entendemos que mesmo havendo separação de facto pode haver proveito comum relativo à contracção de certas dívidas. Como veremos, o que pode justificar o proveito comum não é propriamente a existência de vida em comum, mas a manutenção do vínculo do casamento.

responsabilidade a troco de um aumento eventual e futuro da sua meação nos bens comuns. Para se afirmar que o comércio é exercido em proveito comum não deve bastar a possibilidade teórica de um cônjuge vir a beneficiar dos resultados da exploração mercantil do outro no momento em que ocorra a separação das meações. Se assim fosse, não se figurariam hipóteses de as dívidas contraídas no exercício do comércio de um dos cônjuges não o serem em proveito comum (e, logo, incompreensível a referência da al. d) do n.º 1 do art. 1691.º a tais hipóteses)⁷⁸¹.

O art. 15.º do Cód. Comercial tem por objectivo a protecção do credor do comerciante (resultante da tutela dos interesses da vida mercantil). Para V. Lobo Xavier, o art. 15.º do Cód. Comercial tem relevo prático em matéria de dívidas cambiárias, dívidas tituladas por letras⁷⁸². Tais dívidas serão comerciais por o acto de subscrição de uma letra ser objectivamente comercial. Por força do art. 15.º do Cód. Comercial qualquer dívida de um comerciante titulada por letras, pelo simples facto de o ser, presumir-se-ia contraída no exercício do comércio do devedor comerciante⁷⁸³. Será o cônjuge do comerciante (ou ele próprio), se quisesse subtrair os seus bens à responsabilidade pelo pagamento da dívida, quem teria de ilidir a presunção do art. 15.º do código citado, provando que a dívida nenhuma conexão tinha com o exercício do comércio do obrigado. Daqui se poderá inferir que nas dívidas comerciais do cônjuge comerciante, mencionadas no referido art. 15.º, se incluem as dívidas cambiárias, seja qual for a natureza da obrigação subjacente. A situação seria diferente da prevista no art. 10.º do Cód. Comercial, que veremos adiante, onde há que proceder a uma interpretação restritiva, no sentido de aí apenas se incluírem as dívidas substancialmente comerciais, isto é, face a uma subscrição cambiária o preceito só é aplicável quando a obrigação subjacente tem natureza mercantil. Em comparação com o art. 10.º do mesmo código, os preceitos dos arts. 15.º e 10.º, dizem respeito a questões muito diversas e a interpretação restritiva justifica-se no segundo caso por razões que ao primeiro não respeitam. De acordo com a normalidade dos factos, há uma grande probabilidade de que as dívidas subjacentes a letras subscritas por um comerciante estejam relacionadas

⁷⁸¹ V., V. G. Lobo Xavier, “Responsabilidade dos bens do casal...”, *loc. cit.*, p. 7, nota 3.

⁷⁸² V. G. Lobo Xavier, “Responsabilidade dos bens do casal...”, *loc. cit.*, pp. 13-15.

⁷⁸³ Cfr., os ac. do STJ, de 28.11.1972 (*BMJ*, n.º 221.º, 1972, p. 212, *RLJ*, ano 106.º, 1973/74, p. 360, e *Revista dos Tribunais*, ano 91.º, 1973, p. 162); e de 05.11.1980 (*BMJ*, n.º 301.º, 1980, p. 437). Neste sentido, pronunciou-se também Ferrer Correia, *Aditamentos às Lições de Direito Comercial...*, *cit.*, p. 26, ao referir que a dívida em questão deve ter por fonte um acto comercial e poderia “tratar-se de um acto comercial formal – o saque de uma letra, o aceite, o endosso, o aval: a todos se aplica o regime do art. 15.º”.

com o seu comércio, mas não se vê que sendo o subscritor um não comerciante se possa afirmar que a subscrição de uma letra terá normalmente subjacente uma dívida comercial⁷⁸⁴.

No mesmo sentido pronunciou-se A. Lopes Cardoso, chamando a atenção para o facto de, no regime de separação de bens, tal presunção actuar em benefício do outro cônjuge, dado ser o credor a ter de provar que certa dívida comercial do cônjuge comerciante nada teve a ver com o exercício do comércio, para o efeito de se afastar da al. d) do n.º 1 do art. 1691.º e conseguir obrigar o outro cônjuge ao pagamento, quer por força de ter sido dívida para ocorrer aos encargos normais da vida familiar (al. b)), quer por ter sido contraída em proveito comum do casal (al. c))⁷⁸⁵.

Por outro lado, o art. 15.º citado admite prova em contrário e mesmo que se verifique tal presunção, não haverá, necessariamente, responsabilidade de ambos os cônjuges (podendo ilidir-se a presunção de proveito comum da al. d) do n.º 1 do art. 1691.º ou vigorando entre os cônjuges o regime de separação de bens). Além do mais, o Assento do STJ, de 27 de Novembro de 1964, que veremos melhor adiante, não se refere expressamente ao art. 15.º do Cód. Comercial.

Por sua vez, Pinto Furtado discorda de tal entendimento, aplicando as exigências feitas a respeito do art. 10.º do Cód. Comercial ao art. 15.º do mesmo código⁷⁸⁶. Com efeito, vindo vários acórdãos a exigir que, na expressão do art. 10.º, as dívidas sejam substancialmente mercantis (e não apenas formalmente) não faria sentido, nem seria razoável, dar alcance diverso à mesma expressão (dívidas comerciais) do art. 15.º. O legislador conhecia, ao alterar o art. 15.º, o Assento do STJ, de 27 de Novembro de 1964, e se tivesse querido incluir, no art. 15.º, as obrigações formalmente comerciais, deveria ter adoptado expressão que claramente o dissesse. Se não o fez foi porque também aqui quis excluir tais obrigações. Tanto no art. 10.º como no art. 15.º estamos

⁷⁸⁴ V. G. Lobo Xavier, “Responsabilidade dos bens do casal...”, *loc. cit.*, p. 14, nota 12ª, e p. 26, nota 27.

⁷⁸⁵ A. Lopes Cardoso, “Alguns aspectos das dívidas comerciais...”, *loc. cit.*, pp. 409 e segs. Neste sentido, v. também, Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1998, p. 174. Não esquecer, contudo, que A. Lopes Cardoso entende que, se a dívida for contraída no exercício do comércio, não será de aplicar as als. b) e/ou c) do n.º 1 do art. 1691.º, no caso do regime de separação de bens. V., *supra*, pp. 316-318.

⁷⁸⁶ Pinto Furtado, *Disposições gerais...*, *cit.*, pp. 82-84, e “Dívidas comerciais...”, *loc. cit.*, pp. 70 e 71. No mesmo sentido, Manuel Salvador, *Estudos...*, *cit.*, pp. 35-86, *A dívida da letra e o proveito comum*, 2.ª ed., s.l., 1972, e “O passivo do casal...”, *loc. cit.*, pp. 113-116, pp. 129-134 e pp. 149-153, J. A. Domingues Damas, *ob. e loc. cit.*, pp. 210-213, J. G. Sá Carneiro, “Anotação ao ac. da RP, de 3 de Abril de 1970”, *loc. cit.*, p. 278, e, ainda que não seja totalmente claro, Vaz Serra, “Anotação ao ac. do STJ, de 28 de Novembro de 1972”, *RLJ*, ano 106.º, 1973/74, p. 383. Aliás, era também este o entendimento de Veiga Beirão, citado por José Mendes Martins, *ob. cit.*, p. 68, dizendo que a presunção do art. 15.º do Cód. Comercial não se aplica a qualquer um que assine uma letra, mas unicamente àquele que faz do comércio a sua profissão habitual.

perante uma situação de protecção do comércio à custa dos interesses da família, fundada numa ponderação equilibrada dos valores em jogo. Se a lei, na al. d) do n.º 1 do art. 1691.º, torna comunicável ao outro cônjuge a dívida de um só deles, fá-lo por ter sido contraída no exercício do comércio. Ora, presumir verificada esta condição, através de uma simples obrigação abstracta, correntemente utilizada por devedores civis e para dívidas de natureza civil, importava, necessariamente, levar a protecção legal para além do domínio em que se considerou justificado sacrificar os interesses da família. Aceitá-lo seria abrir as portas da comunicabilidade prevista na referida al. d) a meras dívidas civis. Por tudo isso, só as dívidas substancialmente comerciais (dívidas cuja relação jurídica subjacente é comercial) estarão abrangidas na presunção do art. 15.º do Cód. Comercial. Esta posição tem vindo a ser maioritariamente admitida pela jurisprudência, circunscrevendo a comunicabilidade das dívidas aos casos de comercialidade substancial⁷⁸⁷.

Tal entendimento tem alguma razão de ser, sobretudo porque, funcionando a presunção do art. 15.º do Cód. Comercial e respondendo ambos os cônjuges nos termos do art. 1691.º, n.º 1, al. d), serão os bens comuns a responder na sua totalidade, e não apenas a meação do cônjuge devedor como acontecia no art. 10.º do Cód. Comercial. Além disso, a especial protecção que a articulação do art. 15.º do Cód. Comercial com a al. d) do n.º 1 do art. 1691.º confere (ainda) aos credores comerciais, em prejuízo da família do comerciante, aliada à ausência de regime específico para outras profissões, exige uma interpretação rigorosa do que sejam dívidas comerciais. Ou seja, parece ser necessário a contracção de uma dívida substancialmente comercial e não apenas a prática de um acto que consubstancie uma dívida somente objectivamente comercial⁷⁸⁸. De facto, para além dos interesses e princípios comerciais que justificariam esta última solução, importa, em primeiro lugar, enquadrar a situação no âmbito das regras reguladoras das relações patrimoniais familiares, com as especificidades do Direito da Família. Ou seja, não está em causa o afectar os princípios inerentes aos títulos de

⁷⁸⁷ Cfr., entre outros, os ac. do STJ, de 02.12.1966 (*BMJ*, n.º 162.º, 1967, p. 299); de 04.05.1973 (*BMJ*, n.º 227.º, 1973, p. 169, e *Revista dos Tribunais*, ano 91.º, 1973, p. 455); de 26.05.1977 (*BMJ*, n.º 267.º, 1977, p. 169); de 24.01.1978 (*BMJ*, n.º 273.º, 1978, p. 257); e de 11.06.1991 (*BMJ*, n.º 408.º, 1991, p. 451); da RP, de 05.12.1979 (*Col. Jurisp.*, tomo V, 1979, p. 1499); e da RE, de 19.01.1978 (*Col. Jurisp.*, tomo I, 1978, p. 209); e de 02.07.1987 (*Col. Jurisp.*, tomo IV, 1987, p. 281). Contra, v., o ac. do STJ, de 05.11.1980 (*loc. cit.*).

⁷⁸⁸ Contra parece pronunciar-se Helena Salazar, *ob. e loc. cit.*, p. 370, ao dizer, e relativamente ao art. 15.º do Cód. Comercial, que dívidas comerciais são as que derivam de um acto de comércio e qualquer pessoa pode praticar actos de comércio dos quais resultam dívidas comerciais, e sem exercer qualquer actividade ou, exercendo-a, praticando um acto alheio a esse exercício.

crédito⁷⁸⁹ e a sua natureza, mas de chamar a atenção para o facto das relações conjugais introduzirem nas relações cambiárias normais elementos particulares que implicam a aplicação de regras próprias. Parece-nos que a salvaguarda dos interesses comerciais face aos interesses familiares só se justifica se subjacente à subscrição de um qualquer título existir uma dívida realmente comercial. Caso contrário, os interesses familiares estariam a ser preteridos face a quaisquer outros interesses, que não comerciais, e esta possibilidade não está prevista na lei.

Em suma, se o credor do cônjuge comerciante fizer prova de que a dívida é comercial e o devedor comerciante, presume-se que a dívida foi contraída por este no exercício do comércio e, portanto, a dívida é da responsabilidade de ambos os cônjuges, nos termos dos arts. 1691.º, n.º 1, al. d), e 1695.º, n.º 1, do Cód. Civil, e 15.º do Cód. Comercial. Para afastar este regime é preciso que o cônjuge do comerciante, ou este mesmo, ilida a presunção do art. 15.º do Cód. Comercial, provando que a dívida do comerciante, apesar de comercial, não foi contraída no exercício da actividade comercial daquele, ou, em todo o caso, ilida a presunção implícita na al. d) do n.º 1 do art. 1691.º, provando que a dívida não foi contraída em proveito comum do casal.

Parece-nos relevante referir que, atendendo ao art. 1691.º, n.º 1, al. d), em conjugação com o art. 1714.º (princípio da imutabilidade), não tendo os nubentes pensado conveniente e racionalmente sobre o regime de bens a vigorar entre eles, venham a casar no regime supletivo de comunhão de adquiridos, sujeitando-se, com o funcionamento das presunções dos arts. 1691.º, n.º 1, al. d), e 15.º do Cód. Comercial, à comunicabilidade das dívidas comerciais contraídas por um deles (comerciante), sem possibilidade de alterar a situação (ainda que possam ilidir as presunções). A possibilidade de alterar o regime de bens nessas situações, afastando o princípio da

⁷⁸⁹ Títulos esses que sempre tiveram força obrigatória independentemente dos contratos que lhe estavam subjacentes. Já Marnoco e Souza, *Das letras, livranças e Cheques. Comentário ao título VI do livro II do Código Comercial*, vol. I, 2.ª ed., Lisboa, Lvmen, 1921, p. 76, traduzia, a propósito do Cód. Comercial de 1888 e da natureza formal do contrato da letra, a posição do juriconsulto que redigiu, sob influência do sistema germano-italiano, o título do código relativo às letras, ao dizer que “o próprio título tem força obrigatória independentemente de quaisquer outras relações”. Com efeito, e como constava também do relatório do ministro, a letra é um contrato formal, “independente e obrigatório por si mesmo, válido pelas assinaturas que contiver e pelas estipulações nela materialmente expressas, de modo que a si própria se satisfará e só por o que for e indicar terá validade”. Aplicando rigorosamente este entendimento, o mesmo autor, pp. 91 e 92, defende a decisão proferida pelos acs. do STJ, de 06.07.1915, e da RL, de 23.02.1916 (*Gazeta da Relação de Lisboa*, ano 30.º, 1916/17, p. 13 e p. 14, decisão duramente criticada pela mesma revista, p. 16), no sentido de que a dívida de letra, assumida pelo marido, nunca responsabilizaria a mulher, mesmo que contraída em proveito comum do casal. Se a letra se assume como um contrato formal, obrigaria apenas as pessoas que a firmam, não podendo obrigar terceiros, como a mulher no caso de letra assinada pelo marido sem o seu consentimento ainda que em proveito comum do casal (cfr. o art. 1114.º, § 2.º, do Cód. de Seabra).

imutabilidade, salvaguardando-se os direitos anteriormente adquiridos dos credores, não parece afectar o interesse do credor, pois, mesmo quando existia, como regra, no art. 1696.º, n.º 1, a moratória forçada, poderia sempre o credor, por dívidas comerciais da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges (afastando-se, com o regime de separação de bens, o funcionamento do art. 1691.º, n.º 1, al. d), e desde que não se enquadre em nenhuma das restantes alíneas do n.º 1 do art. 1691.º), usar o benefício que o art. 10.º do Cód. Comercial lhe concedia. Por maioria de razão se justifica actualmente em que a referida moratória foi abolida com o Dec.-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro. Além disso, e sujeitando a alteração do regime de bens a regras de publicidade, o terceiro credor saberia sempre, no momento da contracção da dívida, o regime vigente entre o seu devedor e o seu cônjuge, e a aplicar também nas suas relações. Por outro lado, a alteração poderá beneficiar o cônjuge do comerciante, eventual desconhecedor de questões de ordem patrimonial e que, por vezes, poderá até nem concordar com o exercício da actividade comercial por parte do seu cônjuge (cfr. o art. 1677.º-D). É evidente que a possibilidade de alterar o regime de bens, com repercussão ao nível do regime da responsabilidade por dívidas, pode implicar o risco de fraude aos credores, no caso de a alteração visar tal intuito. Daí a necessidade de se acautelarem direitos adquiridos dos credores e a salvaguarda dos requisitos da publicidade da alteração do regime de bens.

Repare-se que o credor, se quer usar a presunção do art. 15.º do Cód. Comercial e a disposição da al. d) do n.º 1 do art. 1691.º, demonstrando a comunicabilidade da dívida, terá de lançar mão de uma prévia acção declarativa contra ambos os cônjuges, a fim de convencer o não contraente da dívida da comunicabilidade da mesma (art. 28.º-A, n.º 3, do Cód. de Processo Civil)⁷⁹⁰.

O regime do art. 1691.º, n.º 1, al. d), visa a tutela do comércio: alargando-se o âmbito da garantia patrimonial concedida aos credores daqueles que exercem o comércio

⁷⁹⁰ De facto, e ao contrário do art. 10.º do Cód. Comercial que funcionava no domínio da acção executiva, com o objectivo de, provada a comercialidade subjacente da dívida poder penhorar-se a meação do cônjuge devedor nos bens comuns (sujeita, por regra, à moratória que existia no art. 1696.º, n.º 1), a presunção do art. 15.º do Cód. Comercial deve ser ilidida no domínio da acção declarativa, dado ser esse o meio para demonstrar a comunicabilidade da dívida. Como referem Alberto dos Reis, “Anotação ao assento do STJ, de 9 de Abril de 1935”, *RLJ*, ano 68.º, 1935/36, p. 14, e *Processo de Execução*, *cit.*, vol. I, pp. 280-282, e Manuel António Pita, *ob. e loc. cit.*, pp. 819 e 820, a decisão do Assento de 09.04.1935 (*RLJ*, ano 68.º, 1935/36, p. 11, que teve, contudo, votos de vencido defendendo que a dívida controvertida só pode discutir-se na fase declarativa), no sentido de que os embargos de terceiro eram o meio competente para a mulher casada com marido comerciante, executado por dívida comercial, poder ilidir a presunção do art. 15.º do Cód. Comercial, está afastada pelo art. 28.º-A (anterior art. 19.º) do Cód. de Processo Civil. É na acção declarativa que deve demonstrar-se a comunicabilidade da dívida para, na ulterior acção executiva, poderem penhorar-se bens comuns e bens próprios de ambos os cônjuges.

facilita-se a estes últimos a obtenção de crédito e, desta forma, favorecem-se as actividades mercantis. Esta tutela envolve um certo sacrifício dos interesses do cônjuge do comerciante e da própria família. Só que tal sacrifício não é arbitrariamente imposto, pois o legislador entendeu que, em princípio, a dívida terá sido contraída no interesse do casal e não apenas no do cônjuge comerciante. Fixou-se, assim, o limite a partir do qual os interesses do cônjuge do comerciante (e da família) não devem ceder perante os interesses do comércio (não será da responsabilidade de ambos os cônjuges a dívida não contraída em proveito comum). Além disso, pensa-se que o sacrifício acaba por reverter no interesse dos cônjuges e da família, já que dá confiança aos credores, facilita a obtenção de crédito e favorece o exercício do comércio que constitui parte relevante da sustentação financeira da família.

Não nos parece, porém, que este regime protector das dívidas comerciais, ainda que possa garantir, pela mais fácil obtenção de crédito, a situação financeira da família que vive dos rendimentos da actividade comercial, permita excluir o exercício de outras profissões dessa protecção, além de não ter justificação na realidade actual⁷⁹¹.

De facto, e por um lado, no exercício da actividade agrícola ou industrial ou no exercício de uma profissão liberal também se manifesta o exercício no interesse da família, de tal modo que podiam também fundamentar uma presunção de proveito comum. Todavia, aqui os credores não beneficiam de qualquer regime especial⁷⁹². E repare-se que tal tem repercussões no âmbito fiscal. De facto, a dívida de IVA devida pelo comerciante pode ser da responsabilidade comum, nos termos do art. 1691.º, n.º 1, al. d), mas já não será se se tratar do exercício de uma profissão liberal, p. ex. (sem prejuízo de poder integrar a al. c) do n.º 1 do mesmo artigo, se provado o proveito comum).

Por outro lado, o regime das dívidas provenientes do exercício do comércio, vigente desde o Cód. Comercial de 1888, é um regime excessivo, iníquo e historicamente situado. “Excessivo, porque constitui uma protecção exagerada do comércio. Iníquo, porque faz responder o cônjuge do comerciante por dívidas exclusivamente contraídas por este, no exercício de uma actividade que comporta sempre riscos patrimoniais importantes; não se esqueça que (...) até as obrigações originadas em factos ilícitos

⁷⁹¹ Aliás, a al. d) do n.º 1 do art. 1691.º não constava do projecto e foi tardiamente introduzida no Cód. Civil de 1966, “sem que se justificasse o acrescentamento dessa alínea” - J. G. Sá Carneiro, “Os arts. 10.º e 15.º...”, *loc. cit.*, ano 90.º, 1972, p. 397.

⁷⁹² M.ª Leonor Beleza, “Os efeitos do casamento”, *ob. e loc. cit.*, pp. 133-134, relativamente à situação do cônjuge do comerciante face à do cônjuge de qualquer outro profissional, entende ser esse um ponto a meditar aquando da futura revisão do regime das dívidas dos cônjuges, em nova fase de reforma do Cód. Civil.

extracontratuais, imputados aos comerciantes e conexionados com o exercício da sua actividade, são geradoras de dívidas comerciais e, como tal, comuns. Historicamente situado, porque tal regime enquadra-se num contexto social e legal em que o marido é, como chefe da família, o administrador dos bens do casal e, nessa qualidade, praticamente só ele pode contrair dívidas comuns. As dívidas resultantes do comércio são apenas mais uma categoria de dívidas dessa espécie. A mulher não pode exercer o comércio sem consentimento do marido (ou sem o suprimento judicial de tal consentimento) e, por conseguinte, as dívidas por ela contraídas no exercício dessa actividade são dívidas por ele já consentidas”⁷⁹³.

Com a Reforma de 1977, a realidade alterou-se. Ambos os cônjuges têm poderes administrativos relativamente aos seus bens próprios e certos bens comuns, ambos têm iguais poderes para administrar os bens comuns que não estejam sujeitos à administração exclusiva de um deles (art. 1678.º), ambos podem livremente exercer o comércio ou qualquer outra actividade ou profissão (art. 1677.º-D).

Em 1977, o legislador consagrou o princípio da igualdade dos sexos, eliminando as discriminações de tratamento entre marido e mulher que o Cód. Civil de 1966 ainda consagrava. Marido e mulher são iguais em direitos e deveres, quer no plano pessoal quer no plano patrimonial. Por outro lado, a realização de um plano de vida pessoal e profissional de cada um dos cônjuges implica um estatuto de independência em relação ao outro cônjuge, o que exige a não responsabilização deste pelas dívidas contraídas pelo outro no exercício da sua profissão. Ninguém pode ser livre para iniciar uma actividade se tiver de ponderar as consequências dela não só em relação ao seu património, mas também relativamente aos bens do seu cônjuge.

Não se compreende também a razão da manutenção da excepção para o regime de separação de bens⁷⁹⁴. A admitir que as dívidas comerciais previstas na al. d) do n.º 1 do art. 1691.º sejam comuns, não se compreende, atendendo à autonomia patrimonial entre os cônjuges em qualquer regime de bens, a consagração de uma regulamentação especial para o regime de separação. Tanto mais que, mesmo neste regime, e sendo

⁷⁹³ António Caeiro, *ob. e loc. cit.*, pp. 36 e 37. Aí chegou o autor a propor a abolição da regra da comunicação entre cônjuges casados num dos regimes de comunhão das dívidas contraídas no exercício do comércio, chegando mesmo a admitir que as dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges no exercício do comércio deveriam ser consideradas expressamente (introduzindo-se uma norma nesse sentido) como dívidas próprias pelas quais responderiam os bens próprios do cônjuge devedor e, subsidiariamente, a sua meação nos bens comuns.

⁷⁹⁴ A razão apresentada para a excepção prende-se com o facto de se os rendimentos advindos da actividade comercial são bens próprios não se justificaria a comunicabilidade do passivo. Só que é frequente que os rendimentos profissionais do comerciante casado em separação de bens sejam utilizados nas despesas familiares ou em proveito comum do casal.

comum a dívida, poderia demonstrar-se a não existência de proveito comum para afastar a aplicação da mesma norma. A admitir-se, o que nos custa aceitar, a comunicabilidade da dívida, para protecção do credor, seria para qualquer regime de bens, sendo o factor de não comunicabilidade o proveito comum.

A razão do afastamento da responsabilização de ambos os cônjuges no regime de separação, e que nos parece acertado em qualquer regime de bens, prende-se com uma maior independência patrimonial entre os cônjuges. Mesmo que a dívida beneficie o outro cônjuge, havendo proveito comum, a dívida poderá sempre ser comum, nomeadamente, nos termos da al. c) do n.º 1 do art. 1691.º⁷⁹⁵.

Como referimos, não está excluída a comunicabilidade nesses casos, mas tal ocorre não por a dívida ser comercial mas por ser contraída em proveito comum. Há porém, como vimos, jurisprudência contrária a este nosso entendimento, ao considerar que a al. c) do n.º 1 do art. 1691.º só poderia aplicar-se se a dívida não for contraída no exercício do comércio, pois, se o for caberá na al. d) do n.º 1 do mesmo artigo que exclui o regime de separação de bens⁷⁹⁶. Se a ideia até poderá ter alguma razão face à actual regulamentação, deixaria de ter fundamento se não existisse a referida al. d), como propomos.

Além disso, se se eliminasse a al. d) do n.º 1 do art. 1691.º, a protecção financeira da família e a obtenção de crédito, que justificam o regime especial das dívidas contraídas no exercício do comércio, não seria significativamente afectada. Na realidade, muito provavelmente, os credores do cônjuge comerciante continuariam a poder responsabilizar ambos os cônjuges por via da al. c) do mesmo n.º 1 do art. 1691.º, desde que provassem que a dívida fora contraída na constância do matrimónio pelo cônjuge administrador, nos limites dos poderes de administração e em proveito comum do casal. É evidente que a vantagem da al. d) do n.º 1 do art. 1691.º, face à al. c) do mesmo artigo, decorre da maior protecção concedida ao credor no caso da al. d), uma vez que, ao contrário do que ocorre na al. c), o credor não tem de fazer prova do proveito comum

⁷⁹⁵ Helena Salazar, *ob. e loc. cit.*, pp. 373-375 e p. 377, defende a comunicabilidade também no regime de separação de bens, dado que ambos os cônjuges podem beneficiar da contracção da mesma e não faria sentido responsabilizar apenas o cônjuge que a contraiu (no mesmo sentido, João António Almeida Garrett, *loc. cit.*, pp. 60-63). Não se pronuncia, porém, sobre a manutenção da actual al. d), com a aplicação eventual da al. c) ao regime de separação de bens, ou a sua abolição.

⁷⁹⁶ Ac. da RP, de 09.06.1998 (*loc. cit.*). V. também, A. Lopes Cardoso, “Da responsabilidade dos cônjuges...”, *loc. cit.*, pp. 189-191, Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil...*, *cit.*, vol. IV, p. 336, e Pupo Correia, *Direito Comercial*, 4.ª ed., Lisboa, SPB – Editores e Livreiros, Lda., 1996, p. 77.

para responsabilizar ambos os cônjuges. Mas é, aliás, o que acontece no regime de separação de bens⁷⁹⁷ e o que acontece no exercício de qualquer outra profissão.

Acresce que, haverá sempre possibilidade de recurso a instrumentos de crédito tão eficazes e diversificados que podem atingir o mesmo objectivo de tutela do crédito. Não vemos razão, atendendo à independência recíproca entre os cônjuges, para não vigorar o mesmo regime para os regimes de comunhão ou de vigorar este regime específico para o exercício do comércio⁷⁹⁸.

Quando muito, e mantendo a vigência da referida al. d), deveria alargar-se o seu âmbito a todas as profissões, terminando com o privilégio exclusivo dos credores comerciais, como, aliás, prevê o Cód. Civil espanhol (arts. 1362.º, 4.º, e 1365.º, 2.º), como oportunamente referimos.

Finalmente, ao nível comercial e societário, a realidade demonstra que a tendência é a da limitação das responsabilidades, mediante a opção pelas sociedades anónimas ou por quotas ou pela sociedade por quotas unipessoal, em vez do comerciante individual e até do estabelecimento individual de responsabilidade limitada (e.i.r.l.), quase não existindo sociedades em nome colectivo. Se assim é, se se visa a separação de patrimónios, traduzida não só na independência patrimonial entre os cônjuges (como já referimos), mas também na separação entre o património de cada um dos cônjuges e o “património profissional”, não se justifica a manutenção de uma solução desfasada da realidade que é a da responsabilidade comum pelas dívidas comerciais (art. 1691.º, n.º 1, al. d)).

De notar, ainda, que o legislador proibiu que os cônjuges participassem na mesma sociedade, em termos de ambos responderem pessoal e ilimitadamente pelas dívidas sociais (arts. 1714.º, n.º 3, do Cód. Civil, e 8.º do Cód. das Sociedades Comerciais), mas dispôs que, vigorando um dos regimes de comunhão, as dívidas comerciais de um dos cônjuges responsabilizam os bens comuns e subsidiária e solidariamente os bens próprios de qualquer um dos cônjuges (arts. 1691.º, n.º 1, al. d), e 1695.º, n.º 1)⁷⁹⁹.

⁷⁹⁷ Com a vantagem de se passar a admitir, na perspectiva daqueles autores e jurisprudência que afastam da comunicabilidade as dívidas comerciais contraídas por cônjuge casado em regime de separação de bens, a comunicabilidade da dívida no regime de separação de bens no caso de ser contraída no exercício do comércio (por recurso às als. b) e/ou c) do n.º 1 do art. 1691.º). De facto, desaparecendo a al. d) já nada se oporia à aplicação das outras alíneas.

⁷⁹⁸ Em sentido contrário, António Caeiro, *ob. e loc. cit.*, p. 38, afastando essa hipótese dada a incerteza que iria provocar. O credor nunca saberia qual o acervo de bens que iria responder pela satisfação do seu crédito, pois tudo dependeria da prova do proveito comum. Atendendo ao referido no texto, não partilhamos, embora reconheçamos a incerteza, desta opinião.

⁷⁹⁹ De facto, os cônjuges não podem constituir entre si sociedades comerciais em que ambos assumam responsabilidade ilimitada mas já poderão exercer ambos o seu comércio, assumindo responsabilidade ilimitada. Pereira Coelho/Guilherme de

Suponha-se a seguinte situação: um dos cônjuges é sócio de uma sociedade de responsabilidade limitada (até o sócio único de uma sociedade por quotas unipessoal) e, por isso, não responde pessoalmente face aos credores pelas dívidas da sociedade. Contudo, e como acontece na generalidade dos casos, o credor, para garantia da sua posição, exige normalmente a garantia pessoal do seu devedor (p. ex., com a prestação de fiança ou o aval)⁸⁰⁰. Ora, nesses casos, não só passa a responder o cônjuge sócio como também a sua meação no património comum, se casado em regime de comunhão. Aliás, pode mesmo, desde que se venha a demonstrar que a dívida integra as als. c) e/ou d) do n.º 1 do art. 1691.º, responsabilizar os bens comuns e o outro cônjuge (art. 1695.º), podendo ser o outro cônjuge a responder na totalidade pela dívida. Há, de facto, uma desarticulação entre este regime da responsabilidade por dívidas decorrente do art. 1691.º, n.º 1, al. d), com a proibição de os cônjuges constituírem ou participarem em sociedades onde assumam responsabilidade ilimitada. Não que se negue esta limitação, mas sobretudo porque não se justifica a responsabilidade do Cód. Civil. Se a razão é a de evitar a fusão de patrimónios, societário e conjugal, alterando as regras de administração e disposição dos bens, essa fusão (agora entre os patrimónios próprio do

Oliveira, *ob. cit.*, p. 536, nota 239, referem que a possibilidade de os cônjuges constituírem entre si sociedades de capitais, para admitir uma participação menos arriscada financeiramente, não deixa de ser incoerente com o regime estabelecido no art. 1691.º, n.º 1, al. d). Por isso, António Caeiro, *ob. e loc. cit.*, p. 31, entendia que a proibição da responsabilização solidária e ilimitada, no domínio societário, só tinha valor autónomo quando os cônjuges fossem casados em separação de bens, pois só aí se excluía a responsabilização de todos os bens do casal. Criticando esta posição, no sentido de que mais do que no regime da responsabilidade por dívidas, é na constituição e dissolução das sociedades que o princípio da imutabilidade pode ser posto em causa, bem como ao nível dos poderes de administração, que podem ser diferentes das regras do direito matrimonial, v., Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 493 e 494.

Rodrigo Santiago, *Dois estudos sobre o Código das Sociedades Comerciais*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 61, considera que as sociedades entre cônjuges são formas de violação da irrestricção da responsabilidade patrimonial dos comerciantes em nome individual. Antes do aparecimento do e.i.r.l. (Dec.-Lei n.º 248/86, de 25 de Agosto), muitas vezes os cônjuges constituíam entre si sociedades com o objectivo de afastar a comunicabilidade das dívidas provenientes do exercício do comércio. Se os cônjuges constituem uma sociedade visando indirectamente um outro fim, ou seja, ficticiamente ou com fraude à lei, aplicar-se-ão as respectivas regras que sancionam tais negócios. Já Alberto Pimenta, *ob. cit.*, pp. 97-111, chamava a atenção para o facto de a constituição de uma sociedade entre cônjuges poder visar uma limitação dos riscos do comércio, podendo constituir uma sociedade fictícia ou simulada. Também M.ª Ângela Coelho, *loc. cit.*, p. 6, falava da sociedade fictícia, como forma de limitar a responsabilidade do comerciante em nome individual. Ora, os cônjuges podem efectivamente visar uma limitação da sua responsabilidade decorrente do art. 1691.º, n.º 1, al. d), que pode conduzir à criação de uma sociedade fictícia se na realidade não visam os fins de uma sociedade e um dos “sócios” não passa de um “homem de palha”. De facto, e como continuava a autora citada (p. 30), ainda que reportando-se a uma altura em que ainda não se admitiam as sociedades unipessoais (e, por isso, a constituição de uma sociedade com o cônjuge era uma forma de contornar essa limitação), muitas das sociedades entre cônjuges são sociedades fictícias “que acobertam verdadeiras empresas individuais”. O posicionamento de um dos cônjuges como *Strohmann* é referido por Günter H. Roth, “Die Ehegatten-GmbH in Recht und Praxis”, *FamRZ*, ano 31.º, n.º 4, 1984, p. 328, ao reportar-se à altura em que a lei alemã exigia pelo menos duas pessoas para a constituição de uma sociedade. Admitindo-se as sociedades entre cônjuges, um cônjuge surgia normalmente na posição de sócio numa sociedade onde, na realidade, apenas o outro cônjuge participava.

⁸⁰⁰ Como é prática das entidades bancárias para garantia do pagamento das dívidas sociais no caso de insolvência da sociedade.

cônjuge comerciante e comum) existe pela simples aplicação do regime das dívidas comerciais previsto no Cód. Civil.

Entendemos, portanto, que o favor ao comércio representado pelo regime da responsabilidade por dívidas não se justifica actualmente, atendendo às novas realidades legais e sociais, e seria, aliás, de todo conveniente alterar esta matéria, eliminando a al. d) do n.º 1 do art. 1691.⁸⁰¹.

No Cód. Civil francês, no âmbito do regime supletivo de comunhão de adquiridos, a impenhorabilidade dos rendimentos profissionais de cada um dos cônjuges (art. 1414.º, 1.º, do Cód. Civil francês) assegura também a liberdade profissional, prevista no art. 223.º do Cód. Civil francês (o cônjuge do comerciante nunca responde com os seus rendimentos para uma dívida comercial contraída pelo outro - salvo se ambos os cônjuges praticarem a mesma actividade comercial e agrícola, pois aí entende-se que se obrigam solidariamente)⁸⁰². Além do mais, tais valores são administrados por cada um dos cônjuges, pelo que a dívida contraída por um não deve onerar bens administrados pelo outro⁸⁰³. Ora, é também isto que pretendemos defender para o ordenamento jurídico português.

⁸⁰¹ Tal solução permitiria reduzir o número de divórcios ou separações de pessoas e bens fraudulentos, cujo único objectivo é garantir a integridade dos bens em prejuízo do credor. Como refere Esperança Pereira Mealha, *ob. cit.*, p. 68, nota 163, podem os cônjuges utilizar o divórcio por mútuo consentimento como modo indirecto e fraudulento de fazer cessar a comunhão conjugal em prejuízo dos seus credores. Aliás, os divórcios simulados serviam, no início do século XX, para contornar a inalienabilidade dos bens dotais, fazendo com que o art. 1156.º do Cód. de Seabra fosse alterado no sentido a que o levantamento do ónus dotal só fosse permitido no caso de falecimento de qualquer dos cônjuges (Pires de Lima/Braga da Cruz, *ob. cit.*, p. 81).

⁸⁰² Flour/Champenois, *ob. cit.*, p. 402.

⁸⁰³ Até à Reforma de 1985, e existindo bens reservados da mulher e o princípio da administração dos bens pelo marido, as dívidas comerciais contraídas pela mulher comerciante responsabilizavam não só os seus bens reservados (que ela administrava e podia dispor), mas também os bens comuns e os do marido, se este consentiu no exercício da profissão pela mulher ou participa nesta (arts. 1420.º do Cód. Civil francês e 5.º do Cód. Comercial francês, na altura vigentes). Era, portanto, a única situação em que bens de um dos cônjuges respondiam pelas dívidas comerciais contraídas pelo outro. Actualmente, o princípio da igualdade e a autonomia recíproca dos cônjuges exigem um regime diferente. V., Didier Martin, *Le conjoint de l'artisan ou du commerçant (Statu professionnel, fiscal, social, matrimonial et successoral)*, Paris, Sirey, 1984, pp. 164-167, que já na altura dizia que tal solução sofria “*d'un anachronisme criant*”.

Não podemos esquecer que a legislação francesa apresenta alguma protecção às actividades comerciais, industriais e agrícolas, nos termos do art. 9.º da Lei 82-596, de 10 de Julho de 1982, e do art. 321.º-1 do *Code rural*, ao considerar que o cônjuge que coexplora ou colabora na empresa do outro actua investido de um mandato na prática dos actos necessários ao exercício da actividade empresarial em causa. Repare-se, porém, que deverá haver colaboração ou coexploração, não se estabelecendo a possibilidade de, na falta desta, haver qualquer possibilidade de responsabilizar o outro cônjuge. Por outro lado, a responsabilização pelas dívidas contraídas assenta numa presunção legal de mandato atenta precisamente aquela colaboração ou coexploração. De facto, de acordo com o art. 2.º da Lei 82-596, de 10 de Julho de 1982, e o art. L. 411-68 do *Code rural*, o cônjuge titular da empresa não pode sem o consentimento do outro dispor ou onerar os bens do estabelecimento nem o estabelecimento (art. 1424.º do Cód. Civil francês), sem o consentimento do outro cônjuge. Há, assim, a atribuição a este último de alguns poderes atendendo à sua colaboração ou coexploração da empresa.

Pensamos, porém, tal como Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, que, paralelamente à sugestão de considerar as dívidas contraídas no exercício do comércio como dívidas próprias do comerciante, deveria propor-se a hipótese de os frutos do exercício do comércio serem tratados como bens próprios do comerciante e não como bens comuns⁸⁰⁴. Caso contrário, o cônjuge do comerciante evitava os riscos e os prejuízos e usufruía da sua parte nos proventos da actividade comercial. Ora, considerando a dívida própria do cônjuge que a contraiu seriam afectados ao pagamento da mesma os frutos gerados no exercício da actividade comercial, que passariam a ser bens próprios e não comuns.

É, aliás, isso que acontece no direito italiano, onde são consideradas próprias as dívidas assumidas por um cônjuge no exercício da sua profissão (dado que os bens relativos à profissão não integram a comunhão - art. 179.º, al. d), do Cód. Civil italiano – e os proventos resultantes da actividade profissional não integram a comunhão imediata – art. 177.º, al. c), do Cód. Civil italiano) e as dívidas contraídas no exercício da empresa individual de um dos cônjuges (atendendo ao art. 178.º do Cód. Civil italiano que exclui a *azienda individuale* dos bens da comunhão)⁸⁰⁵.

E o mesmo acontece no domínio do fundo patrimonial (arts. 167.º e segs. do Cód. Civil italiano). Trata-se de um património ao qual é imposto uma vinculação quanto ao fim destinada a conferir alguma segurança jurídica à família. Ou seja, visa a satisfação, como resulta, nomeadamente, dos arts. 143.º, 147.º e 314.º do Cód. Civil italiano, das despesas relativas à assistência material entre os cônjuges, de sustento, instrução e educação dos filhos, de contribuição para o sustento da família, bem como de desenvolvimento da capacidade de trabalho dos cônjuges⁸⁰⁶ (ainda que sejam de excluir as dívidas relativas ao exercício do trabalho ou empresa do cônjuge, mesmo que dessa actividade haja proveito para a família), dentro do padrão de vida estabelecido para a família em causa⁸⁰⁷.

⁸⁰⁴ Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 456.

⁸⁰⁵ Mesmo que a *azienda* integre o património comum (art. 177.º, al. d), do Cód. Civil italiano) e se apliquem as regras da administração e da responsabilidade por dívidas da comunhão, os cônjuges apenas respondem parcialmente pela dívida da empresa e não solidariamente (art. 190.º do Cód. Civil italiano).

⁸⁰⁶ *Corte di Cassazione*, de 7 de Janeiro de 1984 (*Nuova giurisprudenza civile e commerciale*, I, 1985, p. 19).

⁸⁰⁷ Para o que se entende por necessidades familiares para efeitos do fundo, v., entre outros, A. Fusaro, *ob. cit.*, pp. 127-131, e Gabrielli/Cubeddu, *ob. cit.*, pp. 378 e 379. A expressão é entendida em sentido lato, abrangendo, assim, também as despesas com os melhoramentos dos bens do fundo.

No caso de *impresa familiare* (que pode existir em qualquer regime de bens, sendo de referir que *impresa familiare* e *azienda coniugale*, esta existente no regime de comunhão (arts. 177.º a 179.º do Cód. Civil italiano), são institutos diferentes), há que observar as relações entre os co-participantes e o titular da mesma (v., C. M. Bianca, *ob. cit.*, pp. 372 e 373), sendo de aplicar as

4.2 Dívidas comerciais da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges (art. 10.º do Cód. Comercial e art. 1696.º, n.º 1, do Cód. Civil)

A norma do art. 10.º do Cód. Comercial⁸⁰⁸ insere-se num quadro exterior à regra prevista no art. 1691.º, n.º 1, al. d), com que relacionámos o art. 15.º do Cód. Comercial, pois contém um dispositivo aplicável à hipótese de a responsabilidade pela obrigação contraída caber, não já a ambos os cônjuges como estivemos a ver, mas apenas a um dos cônjuges.

Uma das excepções à antiga moratória do art. 1696.º, n.º 1, constava do art. 10.º do Cód. Comercial: tratava-se das dívidas comerciais de qualquer dos cônjuges, que seriam pagas pela meação do cônjuge devedor nos bens comuns, cujo pagamento podia ser exigido, de acordo com esse artigo, antes de dissolvido, declarado nulo ou anulado o casamento ou de haver separação judicial de pessoas e bens ou só de bens. Sendo a dívida comercial, mas não sendo comerciante o cônjuge que a contraiu, ou se a dívida é comercial, e comerciante o cônjuge que a contraiu, mas a obrigação nasce de um acto que nenhuma conexão tem com o exercício do comércio do cônjuge devedor, nenhuma aplicação terá a esses casos o disposto na al. d) do n.º 1 do art. 1691.º; mas, ser-lhes-ia, em princípio, aplicável o disposto no art. 10.º do Cód. Comercial, em que a protecção especial concedida à actividade mercantil, em geral, e o consequente reforço do crédito, se traduzem na exequibilidade imediata da meação do cônjuge devedor (e não na responsabilidade dos bens comuns, reforçada pela eventual responsabilidade dos bens

regras do empresário em nome individual e não as das sociedades (A. Finocchiaro/M. Finocchiaro, *Riforma del diritto...*, cit., p. 622, e Bruno de Filippis, *ob. cit.*, pp. 315-317). Assim, quem assume a obrigação (o titular, *imprenditore*) é sempre responsável a título próprio pela mesma, cabendo-lhe também a ele a gestão ordinária da *impresa*. Se a dívida foi contraída para o interesse da *impresa*, respondem os bens desta perante os seus credores. Se, porém, a dívida não visou tal interesse, a execução não pode recair sobre bens da mesma (p. ex., o acto de administração extraordinária praticado pelo administrador sem a deliberação da maioria). Ficará, por isso, excluída também a responsabilidade do co-participante que não contraiu directamente a dívida ou que não conferiu mandato para a contracção da mesma obrigação. Por outro lado, pelas dívidas próprias de cada um dos membros respondem os seus bens e, a título subsidiário, o valor correspondente à liquidação da quota relativa à sua participação (tendo os credores comuns preferência sobre os credores pessoais, quanto à execução dos bens comuns). V. também, Costi, “Impresa familiare e “rapporti com i terzi” nel nuovo diritto di famiglia”, in AAVV, *Il nuovo Diritto di Famiglia*, cit., sob a direcção de Claudio Delitala/Guilia Minoli, p. 97 e pp. 99 e 100, e T. Auletta, *Il diritto di famiglia*, cit., p. 208. Tal não impede, porém, que, tendo ambos os cônjuges, no exercício da actividade empresarial, contraído a dívida, esta seja considerada comum, nos termos e para os efeitos do art. 186.º, al. d), do Cód. Civil italiano (Umberto Salvestroni, “Contratti e rapporti patrimoniali tra coniugi”, in AAVV, *Il contratto. Silloge in onere di Giorgio Oppo*, vol. II, Padova, Cedam, 1992, p. 813, e L. Barbiera, *ob. e loc. cit.*, pp. 511 e 512).

⁸⁰⁸ Art. 10.º do Cód. Comercial: “Não há lugar à moratória estabelecida no n.º 1 do art. 1696.º do Código Civil quando for exigido de qualquer dos cônjuges o cumprimento de uma obrigação emergente de acto de comércio, ainda que este o seja apenas em relação a uma das partes”.

próprios do cônjuge devedor, como ocorre na acima mencionada al. d) do n.º 1 do art. 1691.º).

Segundo o art. 1696.º, n.º 1, na redacção anterior ao Dec.-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, “pelas dívidas da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges respondem os bens próprios do cônjuge devedor e, subsidiariamente, a sua meação nos bens comuns; neste caso, porém, o cumprimento só é exigível depois de dissolvido, declarado nulo ou anulado o casamento, ou depois de decretada a separação judicial de pessoas e bens ou a simples separação judicial de bens”⁸⁰⁹.

A razão da moratória assim estabelecida era, como se sabe, estarem os bens comuns afectados à satisfação das necessidades comuns do casal. Sendo essa a sua natureza, não deviam tais bens responder por dívidas próprias de um dos cônjuges antes de cessar a afectação referida. Uma vez dissolvido o casamento ou decretada a separação de bens, a cada um dos cônjuges será atribuída a sua meação nos bens que foram comuns, meação que podia agora ser executada para satisfação das dívidas próprias do respectivo cônjuge. Ora, esperar pela dissolução ou anulação do casamento, ou mesmo apenas pela separação judicial de pessoas e bens ou só de bens poderia ser complicado.

Era neste contexto que intervinha o art. 10.º do Cód. Comercial, ao estatuir que é dispensada a moratória quando for exigido o cumprimento de uma obrigação emergente de acto de comércio, ainda que este o seja apenas em relação a uma das partes. Pressupõe, assim, o art. 10.º do Cód. Comercial o preenchimento de certos requisitos: que se trate de dívida da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges, ou seja, que tal obrigação seja incomunicável ao outro cônjuge e, por isso, se inclua no âmbito do art. 1696.º; que o credor, na falta de bens próprios do cônjuge devedor, pretenda obter o pagamento através dos bens correspondentes à meação deste nos bens comuns do casal; que a dívida tenha sido contraída pelo cônjuge comerciante ou não; e que resulte de um acto de comércio, seja ele bilateral ou só unilateralmente mercantil.

Quanto aos primeiro e segundo requisitos (tratar-se de dívida da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges e o credor pretender penhorar bens comuns correspondentes à meação do cônjuge devedor) é evidente que se a dívida não for própria mas comum, não seria de aplicar o art. 1696.º nem a excepção à moratória do art. 10.º do Cód. Comercial, mas sim o art. 1695.º e, eventualmente, o art. 15.º do Cód.

⁸⁰⁹ A moratória não impedia que, ao abrigo do então art. 825.º do Cód. de Processo Civil, o credor seguisse com a execução até à penhora do direito do devedor à meação dos bens do casal. Mas esses bens não eram objecto de execução até à dissolução do casamento ou separação de bens.

Comercial e o art. 1691.º, n.º 1, al. d), do Cód. Civil. Além disso, se o credor se limitar a executar os bens próprios do cônjuge devedor, não teria também sentido aplicar o art. 10.º do Cód. Comercial⁸¹⁰.

Quanto ao terceiro requisito, se a regra do art. 1691.º, n.º 1, al. d), é a da comunicabilidade das dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges no exercício do comércio, então a aplicação do art. 10.º do Cód. Comercial surgiria no caso de uma obrigação que é comercial por se inserir no exercício do comércio do credor. É o que se quer dizer quando se sustenta que o art. 10.º do Cód. Comercial tem, sobretudo, em vista o caso das dívidas comerciais do cônjuge não comerciante. É que se o devedor for comerciante, normalmente, não se aplicará o referido art. 10.º, pois pelas dívidas comerciais do cônjuge comerciante, responderão, em regra, todos os bens do casal, por força dos arts. 15.º do Cód. Comercial e 1691.º, n.º 1, al. d), do Cód. Civil. Pode, porém, acontecer que o cônjuge do comerciante venha ilidir a presunção do art. 15.º do Cód. Comercial provando que a dívida, apesar de comercial, não foi contraída no exercício do comércio do devedor. Sendo assim, deixará de ter cabimento o regime da referida al. d), passando a dívida a ser da exclusiva responsabilidade do cônjuge devedor e aí será o art. 10.º do Cód. Comercial o aplicável⁸¹¹. A comunicabilidade da dívida até poderá resultar das restantes alíneas do art. 1691.º e, nessas hipóteses, tal como na al. d) referida, o funcionamento da comunicabilidade excluirá a aplicação do art. 10.º do Cód. Comercial, mesmo que a dívida seja comercial e o devedor não comerciante⁸¹².

Repare-se que a aplicação do art. 10.º do Cód. Comercial pode verificar-se no caso de a dívida até poder qualificar-se como dívida comum, nos termos do art. 1691.º, mas o

⁸¹⁰ Questão tradicionalmente debatida na doutrina era a de saber se, no regime de comunhão, os vencimentos do cônjuge devedor seriam de considerar bens próprios ou bens comuns do casal. E entendia-se que eram comuns (v., Dias Ferreira, *ob. cit.*, p. 56, Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, *cit.*, vol. VI, p. 336, Alberto dos Reis, “Anotação ao ac. da RC, de 16 de Janeiro de 1943”, *RLJ*, ano 76.º, 1943/44, pp. 173-175, e *Processo de Execução*, *cit.*, vol. I, p. 387, Pires de Lima, “Anotação ao ac. da RC, de 12 de Dezembro de 1944”, *RLJ*, ano 78.º, 1945/46, pp. 253-255, e na jurisprudência, os ac. da RL, de 18.12.1957 (*loc. cit.*); da RP, de 22.03.1963 (*loc. cit.*); e de 15.12.1967 (*JR*, ano 13.º, 1967, p. 963); e da RC, de 27.02.1945 (*loc. cit.*), sendo tal entendimento confirmado pelo art. 1724.º, al. a). V., em sentido contrário, o ac. da RC, de 16.01.1943 (*loc. cit.*), entendendo que os vencimentos não podem considerar-se bens no sentido em que o Cód. Civil utiliza a palavra, ou seja, ainda que o casamento tenha sido celebrado segundo o regime de comunhão geral de bens não se comunicariam ao outro cônjuge os vencimentos a que um deles tenha direito.

Porém, o art. 1696.º, n.º 2, estabeleceu que certos bens comuns, nos quais incluiu os vencimentos, o produto do trabalho, respondem ao mesmo tempo que os bens próprios, dispensando-os, assim, da moratória fixada no n.º 1 do mesmo artigo.

⁸¹¹ A aplicabilidade do art. 15.º do Cód. Comercial surge na fase declarativa do processo, ao passo que a aplicabilidade do art. 10.º do mesmo código surge na fase executiva, podendo até ocorrer que, por força do art. 15.º, seja de afastar na acção declarativa a presunção nele estabelecida e vir a aplicar-se o art. 10.º na fase executiva. Alberto dos Reis, *Processo de Execução*, *cit.*, vol. I, p. 297.

⁸¹² V., entre outros, V. G. Lobo Xavier, *Sumários...*, *ob. cit.*, pp. 105 e 106, e “Responsabilidade dos bens do casal...”, *loc. cit.*, pp. 17 e 18.

credor não demandou o cônjuge do devedor para o convencer da comunicabilidade⁸¹³. Importa distinguir, contudo, a execução fundada em sentença e em título executivo diverso. Na primeira hipótese, não tendo o devedor chamado à demanda, na acção declarativa, o seu cônjuge, não poderá sustentar depois, na acção executiva, que a dívida é comum e, por isso, responderem os bens previstos no art. 1695.º, como vimos. O que poderá é, querendo penhorar a meação do cônjuge devedor nos bens comuns, requerer a citação do seu cônjuge para este requerer a separação judicial de bens (art. 10.º do Cód. Comercial e art. 825.º do Cód. de Processo Civil). Neste caso, o cônjuge citado poderá nada fazer (e a penhora prossegue nos bens comuns), requerer a separação judicial de bens (nos termos e para efeitos dos arts. 10.º do Cód. Comercial e 825.º do Cód. de Processo Civil) ou ainda opor-se à penhora dos bens comuns embargando⁸¹⁴.

Mas se a execução se funda em título diverso de sentença, não sendo legítimo o chamamento à demanda na acção executiva⁸¹⁵, pode o cônjuge do devedor, citado para requerer a separação, opor-se à penhora⁸¹⁶, com fundamento em que a dívida é comum⁸¹⁷. Não pode, assim, em princípio, o credor obter o pagamento do seu crédito com valores da sociedade conjugal fora das regras previstas nos arts. 1695.º e 1696.º.

Sobre esta questão, pronunciaram-se também J. G. Sá Carneiro e Vaz Serra, defendendo que o art. 10.º do Cód. Comercial é também aplicável a dívidas contraídas pelo cônjuge comerciante quando o credor não pretender responsabilizar o outro

⁸¹³ Como refere Alberto dos Reis, “Anotação ao ac. do STJ, de 18 de Abril de 1947”, *RLJ*, ano 81.º, 1948/49, p. 28, este terceiro requisito pressupõe que o credor renunciou a responsabilizar a mulher pela dívida, para o que teria de propor contra ela e o marido acção declarativa.

⁸¹⁴ De facto, e como também entende Alberto dos Reis, “Anotação ao ac. do STJ, de 18 de Abril de 1947”, *loc. cit.*, pp. 28 e 29, fazendo citar a mulher, nos termos do art. 10.º do Cód. Comercial, o credor visa obter o pagamento à custa da meação do marido nos bens comuns, sem estar sujeito à moratória então prevista no art. 1114.º, § 1.º, do Cód. de Seabra. “Mas esta pretensão só é legítima, se a dívida houver de reputar-se comercial”. Se for civil então o credor terá de esperar pela dissolução ou separação (podendo apenas penhorar o direito e acção do marido nos bens comuns). Neste caso, a penhora imediata dos bens comuns ofende o direito da mulher nesses bens e, por isso, esta para se defender, alegando que a dívida é civil e não comercial, não vai requerer a separação judicial de bens mas sim embargar de terceiro. V. também, o ac. do STJ, de 05.07.1966 (*loc. cit.*).

⁸¹⁵ Em sentido contrário, v., Pinto Furtado, *Disposições gerais...*, *ob. cit.*, p. 46, e Alberto dos Reis, *Processo...*, *cit.*, vol. I, p. 283.

⁸¹⁶ Ou, à luz do Cód. de Processo Civil anterior, embargar de terceiro. Pinto Furtado, *Disposições gerais...*, *cit.*, p. 46, refere que pode o cônjuge do devedor alegar a comunicabilidade da obrigação exequenda em embargos, visto que lhe seria lícita essa defesa no processo de declaração e o art. 815.º do Cód. de Processo Civil o autorizar a incluir tal fundamento na oposição à execução. Aliás, diz mesmo que se o executado pode suscitar a questão da comunicabilidade em embargos de executado - quando o título executivo não seja uma sentença [neste sentido, v., a anotação ao ac. do STJ, de 30.05.1961 (*Revista dos Tribunais*, ano 79.º, 1961, p. 318)] –, ainda que não chame então à demanda o seu cônjuge, será duvidoso que não o tendo feito nessa altura, depois venha opor-se à penhora de bens próprios, fundada na comunicabilidade da dívida exequenda (como tem sido admitido por alguma doutrina), por isso atentar contra o princípio da boa fé.

⁸¹⁷ Lebre de Freitas, *Direito Processual Civil*, *cit.*, pp. 228 e 229.

cônjuge e preferir penhorar os bens próprios do devedor ou a meação dele nos comuns⁸¹⁸.

O ac. do STJ, de 03.11.1972 (*RLJ*, ano 106.º, 1973/74, p. 328), e a propósito da legitimidade do portador mediato para demandar o cônjuge não signatário da letra, refere, invocando o decidido nas instâncias, que é lícito demandar simultaneamente o marido, por virtude da relação cambiária, e a mulher, com base na relação subjacente, desde que se esteja no domínio das relações imediatas, em que se esbatem as características peculiares dos títulos cambiários: as obrigações cartular e subjacente podem ser consideradas a par e a segunda pode ser discutida sem restrições. No domínio das relações mediatas, em que as letras se apresentam como títulos literais e abstractos, tal já não seria possível. Sendo os títulos referidos independentes da causa, não seria admissível ao portador mediato invocar a relação subjacente à sua emissão, o que o impediria de demandar o cônjuge do aceitante da letra por factos estranhos à relação cambiária. Além disso, a relação subjacente só pode ser invocada e discutida pelos respectivos sujeitos, e não sendo o portador mediato da letra sujeito dessa relação jurídica falta-lhe legitimidade para demandar, com base nela, o cônjuge do subscritor⁸¹⁹. Entendeu o STJ, contrariamente às instâncias, que a questão não deveria resolver-se no plano do direito cambiário. O portador mediato não poderá demandar o cônjuge do subscritor com fundamento na comercialidade da obrigação jurídica subjacente à subscrição da letra, mas o cônjuge não signatário poderá ser responsabilizado pelo pagamento, nos termos, no caso em análise, do art. 1691.º, n.º 1, al. d). Ou seja, esse cônjuge foi demandado, não a título de signatário da letra, mas a título de cônjuge do aceitante, e por a dívida ter sido contraída no exercício do comércio e em proveito comum do casal, e isto tanto no domínio das relações imediatas como no das mediatas⁸²⁰.

Em sentido contrário parece pronunciar-se a anotação ao ac. do STJ, de 04.05.1973, na *Revista dos Tribunais*, ano 91.º, 1973, p. 228, onde se refere, todavia, que a solução não deve divergir consoante a acção seja intentada por portadores imediatos ou

⁸¹⁸ J. G. Sá Carneiro, “Os arts. 10.º e 15.º...”, *loc. cit.*, ano 90.º, 1972, p. 184, p. 341, e p. 440, e ano 91.º, 1973, pp. 438 e 439, e Vaz Serra, “Anotação ao ac. do STJ, de 3 de Novembro de 1972”, *RLJ*, ano 106.º, 1973/74, p. 336.

⁸¹⁹ A não ser, como refere J. G. Sá Carneiro, “Os arts. 10.º e 15.º...”, *loc. cit.*, ano 91.º, 1973, p. 256, que o portador mediato conheça as circunstâncias em que foi contraída a obrigação subjacente.

⁸²⁰ V., os ac. do STJ, de 08.02.1973 (*BMJ*, n.º 224.º, 1973, p. 171); de 20.02.1973 (*BMJ*, n.º 224.º, 1973, p. 200); de 04.05.1973 (*BMJ*, n.º 227.º, 1973, p. 166, e *Revista dos Tribunais*, ano 91.º, 1973, p. 226); de 04.05.1973 (*BMJ*, *cit.*, p. 169, e *Revista dos Tribunais*, *cit.*, p. 455); de 08.05.1973 (*BMJ*, n.º 227.º, 1973, p. 184, e *Revista dos Tribunais*, ano 91.º, 1973, p. 229); e de 18.05.1973 (*Revista dos Tribunais*, ano 91.º, 1973, p. 372); e da RC, de 13.02.1976 (*Col. Jurisp.*, tomo I, 1976, p. 28).

mediatos. “No próprio domínio das relações imediatas, o portador da letra pode não invocar a relação subjacente, limitando-se a basear a responsabilidade do signatário na circunstância de ele ter firmado a letra; e a obrigação do cônjuge emergirá dos factos que integram as alíneas do art. 1691.º-1 CCV”. O ac. da RL, de 02.05.1974 (*BMJ*, n.º 238.º, 1974, p. 249), também em sentido contrário, entende que, no domínio das relações mediatas, a mulher não pode ser responsabilizada pela dívida cambiária contraída pelo marido, por ser terceiro face à relação cambiária e por o art. 1691.º não ser de aplicar ao caso. Alega que os contratos só produzem efeitos entre as partes e não quanto a terceiros, já que isso, no caso de dívida cambiária contraída por um dos cônjuges em que se pretende responsabilizar o outro, implicaria a atribuição de vantagens imerecidas ao portador da letra em detrimento do agregado familiar.

Vaz Serra referia que, no âmbito do art. 1691.º, al. d), do Cód. Civil de 1966, no domínio das relações imediatas, só pode considerar-se contraída no exercício do comércio e, logo, da responsabilidade de ambos os cônjuges, a dívida que, na relação causal, fundamental ou subjacente da letra, tiver sido contraída nesse exercício⁸²¹. Assim, no domínio das relações imediatas, o facto de um dos cônjuges subscrever uma letra não é suficiente para que o outro cônjuge responda pela dívida, sendo preciso que a subscrição da letra tenha ocorrido no exercício do comércio. No domínio das relações mediatas (p. ex., no caso de endosso a terceiro que agora vem exigir o pagamento), a responsabilidade do outro cônjuge também depende de a dívida ter sido contraída no exercício do comércio, para efeitos do art. 1691.º, n.º 1, al. d). Mas se não tiver sido, e a dívida for comercial, pode, ainda, o credor, valendo-se do art. 10.º do Cód. Comercial, executar a meação do cônjuge devedor nos bens comuns sem sujeição à moratória, citando-se o outro cônjuge para, querendo, requerer a separação judicial de bens.

Aliás, questão processual discutida era a de saber, efectivamente, e por um lado, se, condenado o subscritor de uma letra em acção declarativa, onde não se chamou o seu cônjuge e não se alegaram factos materiais e concretos dos quais se inferisse a natureza comercial da obrigação subjacente, poderia o exequente nomear à penhora bens comuns do casal e requerer a citação do cônjuge para pedir a separação judicial de bens (o qual poderia, na acção executiva, e como alternativa à separação referida, embargar de

⁸²¹ Vaz Serra, “Anotação ao ac. do STJ, de 3 de Novembro de 1972”, *loc. cit.*, pp. 334 e 335.

terceiro)⁸²² e, por outro lado, se o portador mediato tinha legitimidade para demandar o cônjuge do subscritor invocando a obrigação subjacente como causa do pedido ou se esta devia fundar-se na verificação das hipóteses previstas no art. 1691.º, n.º 1, als. b), c) ou d), sem invocar a obrigação causal⁸²³.

Para a tutela do comércio não importa só a protecção do credor do comerciante mas também a protecção do credor comerciante. O art. 10.º do Cód. Comercial, aplicando-se também às dívidas comerciais que o sejam só pelo lado do credor, abrangerá as dívidas contraídas por um não comerciante mediante contrato celebrado com um comerciante, no exercício do comércio deste. O comerciante terá, assim, um regime particularmente favorável (pela eliminação da moratória do art. 1696.º, n.º 1) para a efectivação dos seus créditos sobre clientes não comerciantes⁸²⁴.

Finalmente, e quanto ao último requisito, para se aplicar o art. 10.º do Cód. Comercial era necessário que a dívida se inserisse num acto de comércio, *ainda que o [fosse] apenas em relação a uma das partes*. Este aditamento final ao art. 10.º foi introduzido pelo Dec.-Lei n.º 363/77, de 2 de Setembro, havendo quem entendesse anteriormente que só se aplicava quando a obrigação pudesse considerar-se comercial relativamente ao devedor: só as dívidas, não os créditos comerciais, compreender-se-iam no âmbito do art. 10.º.

A letra do art. 10.º do Cód. Comercial, mesmo antes da alteração referida, não distinguia entre as dívidas provenientes de actos de comércio bilaterais e as provenientes de actos de comércio mistos (apenas comerciais em relação a uma das partes), abrangendo, assim, as dívidas provenientes de actos bilateralmente mercantis e

⁸²² V., em sentido contrário, o ac. do STJ, de 01.05.1970 (*BMJ*, n.º 197.º, 1970, p. 349), assim como o comentário do mesmo de Eridano de Abreu, “Responsabilidade dos bens comuns do casal – anotação ao ac. do STJ, de 1 de Maio de 1970”, *O Direito*, ano 103.º, 1971, pp. 148-156.

⁸²³ V., J. G. Sá Carneiro, “Os arts. 10.º e 15.º...”, *loc. cit.*, ano 91.º, 1973, pp. 256 e segs. V. também, Castro Mendes, “Breve nota...”, *loc. cit.*, p. 294, e Pinto Furtado, *Disposições gerais...*, *ob. cit.*, pp. 36 e segs. (ainda que em anterior obra se pronunciasse de modo diferente – v., *Código Comercial...*, *ob. cit.*, pp. 38-41). O ac. do STJ, de 11.06.1957 (*BMJ*, n.º 68.º, 1957, p. 525), entendeu que, obtendo-se condenação apenas do marido, em acção declarativa e ulterior execução, podia depois intentar-se uma nova acção contra a mulher do devedor para a convencer da comunicabilidade da dívida, não havendo caso julgado (a causa de pedir e o pedido são diferentes nas duas acções).

⁸²⁴ O alcance do art. 10.º do Cód. Comercial deve ser permitir aos comerciantes, que são obrigados a pagar a curto prazo aos seus credores, o cobrarem rapidamente os seus créditos pela venda dos seus produtos. O exercício do comércio exige um movimento constante de débitos e créditos. Por isso, a lei deu aos comerciantes um privilégio que consiste em receber rapidamente os seus créditos para, assim, garantir o pagamento aos seus credores, e manter o seu crédito, condição essencial para exercerem eficazmente o comércio.

as dívidas decorrentes de actos mistos que sejam mercantis apenas em relação ao cônjuge comerciante ou apenas em relação à outra parte⁸²⁵.

Na opinião de alguns autores, esta interpretação do art. 10.º sacrificava injustamente os interesses da família do devedor aos interesses do credor (a este caberia informar-se, antes da celebração do contrato, acerca da situação patrimonial da família do seu futuro devedor). Procuraram, por isso, uma interpretação restritiva do art. 10.º do Cód. Comercial.

A tese que mais se destacou foi a de Guilherme Moreira que interpretou a disposição restritivamente num duplo aspecto⁸²⁶.

Começava por combater a distinção feita por alguns entre actos de comércio e actos comerciais. A distinção, de origem jurisprudencial, opunha os actos praticados por comerciantes (actos comerciais) e os praticados por não comerciantes (actos de comércio). O art. 10.º do Cód. Comercial só se aplicaria às dívidas provenientes de actos comerciais, já que aí se falava de *dívidas comerciais*. Aplicar-se-ia, então, muito raramente, já que na generalidade desses casos seria aplicável a norma (mais favorável ao credor) do art. 15.º do mesmo código. Para mais, bastaria olhar para os arts. 1.º e 2.º do Cód. Comercial para ver que a lei falava indiferentemente de actos de comércio e actos comerciais, além de o art. 1.º citado referir que “a lei comercial rege os actos de comércio sejam ou não comerciantes as pessoas que neles intervêm”.

Depois, aceitava que o art. 10.º do Cód. Comercial abrangia, em princípio, todas as dívidas provenientes de um acto de comércio, seja ou não comerciante quem as contraísse. A dúvida que aqui se colocaria era relativa aos actos de comércio mistos, ou seja, aos actos dos quais derivam obrigações civis para um lado e mercantis para o outro.

Atendendo ao facto de o art. 10.º citado falar de dívidas comerciais para considerar, não o acto de comércio em si, mas a obrigação que dele resulta, o autor entendia que essa disposição não seria aplicável quando a obrigação resultante do acto não fosse mercantil, mas civil⁸²⁷.

Por outro lado, relativamente à questão de saber se o art. 10.º era ou não aplicável às dívidas constantes de títulos cambiários (como a letra ou a livrança) subscritos pelo

⁸²⁵ Sobre a noção de actos bilaterais e mistos, v., por todos, Ferrer Correia, *Lições...*, cit., pp. 41 e 42.

⁸²⁶ Guilherme Moreira, “Anotação ao ac. da RP, de 27 de Novembro de 1917”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ano V, 1918-1920, pp. 229-251.

⁸²⁷ Contra esta interpretação, v., Nogueira Serens, “A propósito do Assento n.º 4/78: o art. 10.º do Código Comercial na doutrina e na jurisprudência”, *Separata da Revista de Direito e Economia*, ano V, Janeiro-Junho, 1979, p. 46.

cônjuge comerciante (refere-se o art. 10.º à promessa abstracta que na letra se faz ou à obrigação fundamental que determinou a subscrição do título?), Guilherme Moreira entendia não bastar dizer que a obrigação cambiária é uma obrigação mercantil, porque regulada exclusivamente na lei comercial. Dado que o art. 10.º visa, essencialmente, tutelar as necessidades específicas do comércio, à sua aplicabilidade não pode bastar a simples comercialidade formal da obrigação incorporada no título. O que interessa é a comercialidade substancial da relação fundamental subjacente à emissão do título⁸²⁸.

Por isso, se a letra de câmbio, embora incorporando em si mesma uma promessa abstracta de pagamento, de índole formalmente comercial, tiver nascido duma relação puramente civil, estranha à actividade própria dos comerciantes, o art. 10.º não será aplicável à execução dessa dívida.

Primeiro, porque o espírito do art. 10.º não abrange tais situações. Com efeito, o art. 10.º visa a protecção do comércio e as necessidades do comércio não reclamam que obrigações só formalmente mercantis estejam sujeitas a tal regime. O que se pode exigir é que se coloquem ao abrigo do art. 10.º as obrigações resultantes de actos que verdadeiramente se prendam ao comércio. Não se vê como se protege o comércio fazendo abranger pelo art. 10.º obrigações que lhe são totalmente estranhas (só formalmente são mercantis).

Depois, porque, se assim fosse, a tutela que a moratória forçada visa conceder aos interesses da família seria facilmente iludida, bastando ao credor exigir do cônjuge devedor, fosse qual fosse a natureza da dívida por este contraída, a assinatura de um título cambiário, para ter assegurada a execução imediata da meação do cônjuge obrigado.

⁸²⁸ Distingue-se na doutrina entre a obrigação cambiária e a obrigação subjacente ou fundamental. Ferrer Correia, *Lições...*, cit., p. 110, apresenta um exemplo: A emprestou a B uma soma em dinheiro. Para garantia de A, B subscreve uma letra em seu favor. Passa a existir agora a cargo do mutuário, uma obrigação diferente da primitivamente assumida. Temos a obrigação cambiária, incorporada no documento e que resultou da subscrição da letra (que será sempre comercial porque provém da subscrição da letra, um acto, ainda que só formalmente, comercial) e a obrigação fundamental ou subjacente resultante do contrato celebrado (de mútuo) entre A e B, neste caso. Esta obrigação será comercial ou civil conforme a natureza do acto de onde deriva (o negócio jurídico fundamental). A subscrição de uma letra faz nascer para o subscritor, apenas por esse facto, a obrigação de pagar a quantia indicada no título a quem venha a ser portador deste. Mas esta obrigação só se assume (só se subscreve uma letra) porque se estava obrigado previamente por virtude de qualquer causa (contrato de empréstimo, contrato de compra e venda, etc.). A esta obrigação que se encontra na base de subscrição da letra, denomina-se obrigação fundamental ou subjacente; e à relação em que tal obrigação se insere, relação fundamental ou subjacente. V. também, V. G. Lobo Xavier, *Sumários...*, ob. cit., pp. 111 e 112, e “Responsabilidade dos bens do casal...”, *loc. cit.*, pp. 21 e 22.

Dessas duas teses defendidas pelo autor, a segunda teve ampla aceitação quer na doutrina⁸²⁹ quer na jurisprudência⁸³⁰. De facto, visando o art. 10.º do Cód. Comercial a protecção do comércio, as necessidades deste não poderiam exigir, e, por outro lado, o interesse da família condenaria, que, nas relações imediatas (relações entre os primitivos obrigados cambiários e entre cada subscriptor da letra e o portador imediato)⁸³¹, onde poderá ter lugar uma apreciação da obrigação subjacente, não se pudesse atender a essa mesma obrigação para efeitos do mesmo art. 10.º.

Ambas as teses foram consagradas no Assento do STJ, de 27 de Novembro de 1964: “I. No domínio das relações imediatas, pode discutir-se se as obrigações cambiárias, como a resultante do aval, têm ou não natureza comercial; II. O art. 10.º do Código Comercial não é aplicável ao outorgante em relação ao qual o contrato de compra e venda não é mercantil”⁸³².

⁸²⁹ Cfr., entre outros, Alberto dos Reis, “Anotação ao ac. do STJ, de 18 de Abril de 1947”, *loc. cit.*, p. 30, e Ferrer Correia, *Lições...*, *cit.*, pp. 112-115, ainda que sugerisse uma outra formulação para a doutrina aí fixada.

⁸³⁰ V., entre outros, os ac. do STJ, de 01.07.1941 (*loc. cit.*); de 18.04.1947 (*loc. cit.*); de 06.03.1951 (*RLJ*, ano 84.º, 1951/52, p. 149, e *BMJ*, n.º 24.º, 1951, p. 198); de 27.07.1951 (*BMJ*, n.º 26.º, 1951, p. 279); de 22.05.1962 (*BMJ*, n.º 117.º, 1962, p. 620); de 03.07.1962 (*BMJ*, n.º 119.º, 1962, p. 501); de 02.12.1966 (*loc. cit.*); de 06.06.1967 (*BMJ*, n.º 168.º, 1967, p. 285); e de 01.05.1970 (*loc. cit.*); da RL, de 13.02.1953 (*BMJ*, n.º 39.º, 1953, p. 346); e da RP, de 05.07.1967 (*JR*, ano 13.º, 1967, p. 703).

⁸³¹ Tal como refere Ferrer Correia, *Lições...*, *cit.*, pp. 449 e 450, as relações imediatas são as relações entre um subscriptor e o sujeito cambiário imediato (relações sacador-sacado, sacador-tomador, tomador-1.º endossado, etc.), nas quais os sujeitos cambiários o são concomitantemente de convenções extra-cartulares.

⁸³² Contra a doutrina do Assento citado, v., entre outros, Barbosa de Magalhães, “Anotação ao ac. do STJ, de 6 de Março de 1951”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 11.º, n.ºs 3 e 4, 1951, pp. 364-378, Pinto Coelho, “Anotação ao ac. do STJ, de 28 de Maio de 1963”, *RLJ*, ano 97.º, 1964/65, pp. 8 e segs., Fernando Olavo, *ob. cit.*, pp. 215-216, Eridano de Abreu, “Responsabilidade dos bens comuns do casal – anotação ao ac. do STJ, de 1 de Maio de 1970”, *O Direito*, ano 103.º, 1971, pp. 144-156, e J. G. Sá Carneiro, “Os arts. 10.º e 15.º...”, *loc. cit.*, ano 91.º, 1973, pp. 9-14 e pp. 56-60, e ano 92.º, 1974, pp. 5-17, entendendo os autores que as dívidas das letras são sempre objectivamente comerciais, sem que seja permitido, mesmo no âmbito das relações imediatas, não as considerar assim quando sejam civis as respectivas obrigações subjacentes ou fundamentais. As afirmações contrárias complicam e prejudicam a vida mercantil. A favor, v., Vaz Serra, “Anotação ao ac. do STJ, de 4 de Janeiro de 1972”, *RLJ*, ano 105.º, 1972/73, pp. 358-360, e Ferrer Correia, *ibidem*.

Já anteriormente ao Assento, Alberto dos Reis, “Anotação ao ac. do STJ, de 6 de Março de 1951”, *RLJ*, ano 84.º, 1951/52, pp. 149-152, e “Anotação ao ac. do STJ, de 18 de Abril de 1947”, *loc. cit.*, pp. 27 e segs., defendia a posição do referido Assento quanto à questão da comercialidade substancial no âmbito das relações imediatas.

V. também, os ac. do STJ, de 28.05.1963 (*BMJ*, n.º 127.º, 1963, p. 485); de 14.06.1963 (*BMJ*, n.º 128.º, 1963, p. 586); de 26.05.1977 (*loc. cit.*); de 05.02.1980 (*BMJ*, n.º 294.º, 1980, p. 244); de 04.06.1980 (*BMJ*, n.º 298.º, 1980, p. 322); de 26.07.1983 (*BMJ*, n.º 329.º, 1983, p. 592); de 25.11.1992 (<http://www.dgsi.pt>); de 04.11.1993 (*BMJ*, n.º 431.º, 1993, p. 488); e de 07.12.1994 (*BMJ*, n.º 442.º, 1995, p. 132); da RL, de 09.05.1978 (*Col. Jurisp.*, tomo III, 1978, p. 923); de 18.03.1981 (*BMJ*, n.º 310.º, 1981, p. 326); e de 23.05.1991 (*Col. Jurisp.*, tomo III, 1991, p. 149); da RP, de 08.07.1964 (*JR*, ano 10.º, 1964, p. 759); de 19.01.1977 (*Col. Jurisp.*, tomo I, 1977, p. 73); de 13.06.1977 (*Col. Jurisp.*, tomo III, 1977, p. 872); de 01.06.1978 (*BMJ*, n.º 279.º, 1978, p. 263); de 31.01.1985 (*Col. Jurisp.*, tomo I, 1985, p. 257); de 28.10.1986 (*Col. Jurisp.*, tomo IV, 1986, p. 240); de 08.01.1987 (*Col. Jurisp.*, tomo I, 1987, p. 198); e de 29.01.1987 (*BMJ*, n.º 363.º, 1987, p. 602); da RC, de 22.04.1980 (*Col. Jurisp.*, tomo II, 1980, p. 56); de 05.01.1982 (*Col. Jurisp.*, tomo I, 1982, p. 73); e de 27.05.1997 (*BMJ*, n.º 467.º, 1997, p. 641); e da RE, de 25.01.1977 (*Col. Jurisp.*, tomo I, 1977, p. 149); de 08.02.1979 (*Col. Jurisp.*, tomo I, 1979, p. 225); e de 02.07.1987 (*loc. cit.*).

Resolveu-se, no sentido já apresentado, a questão de saber se, fundando-se a dívida (comercial) do cônjuge em título cambiário, poderia o devedor (ou seu cônjuge) invocar a natureza civil da relação fundamental ou subjacente ao título, para afastar a aplicabilidade do art. 10.º do Cód. Comercial.

Por outro lado, para além de não fazer sentido que o Assento em causa se refira especialmente ao contrato de compra e venda, a segunda proposição aí consagrada não parece ser a adequada. O art. 10.º do Cód. Comercial visa, não facilitar aos comerciantes o recurso ao crédito, como acontece com o art. 15.º do mesmo código, mas fornecer aos que exercem a actividade comercial um meio fácil de obter a cobrança dos seus créditos. Foi pensado para as dívidas dos não comerciantes, como vimos *supra*, aos comerciantes que os fornecem. O facto de a obrigação ser mercantil apenas pelo lado do credor será suficiente.

O ponto que continuava a suscitar dúvidas era quanto às relações mediatas, pois que, tendo o portador da letra um direito autónomo em confronto dos seus antecessores, tornava-se difícil justificar que o subscritor demandado pudesse opor-lhe a natureza civil da obrigação fundamental⁸³³. Poderia A, que aceitou a B uma letra, para garantia de um contrato civil, para evitar a aplicação do art. 10.º do Cód. Comercial, invocar em face do endossado D (pessoa estranha àquela relação) a natureza meramente civil do contrato que determinou o acto de subscrição do título? Estará contra essa invocação o princípio da autonomia (art. 17.º do LULL)⁸³⁴?

⁸³³ O ac. do STJ, de 11.06.1976 (*loc. cit.*) entendeu que, no domínio das relações mediatas, a que o Assento em causa não se referia, não era necessário ao exequente provar a comercialidade substancial da dívida, determinando, de imediato, a penhora dos bens comuns do casal e citação do cônjuge do executado para requerer a separação (podendo, este, em embargos de terceiro, demonstrar a natureza civil da dívida para beneficiar da moratória).

⁸³⁴ Como características dos títulos cambiários podem referir-se a incorporação, a literalidade, a abstracção, a autonomia e a independência recíproca.

O regime cambiário consagra a característica da incorporação: há uma relação permanente entre a posse do título e o direito nele mencionado. É a titularidade do documento correspondente ao título cambiário que decide da titularidade do crédito e, por isso, a sua transferência ou exercício estão condicionados pela posse legítima do título.

Pela característica da literalidade põe-se em relevo que a existência, validade e persistência da obrigação cambiária não podem ser contestadas com o auxílio de elementos estranhos ao título; e que o conteúdo, extensão e modalidades da obrigação cartular são os que a declaração objectivamente defina e revele. Não podem, assim, ser invocados contra o portador de boa fé quaisquer factos ou circunstâncias que extingam, modifiquem ou impeçam o seu direito, a não ser que transpareçam do próprio texto do título. Por isso, são irrelevantes as convenções extra-cartulares, salvo nas relações imediatas entre os respectivos sujeitos, como decorre do art. 17.º da LULL.

A obrigação cambiária é também abstracta, o que diz respeito à posição desta em face da relação subjacente ou fundamental pré-existente. A obrigação cambiária nasce em virtude de uma relação extra-cartular. O negócio cambiário é abstracto: primeiro, porque não tem uma causa-função típica, podendo prosseguir uma multiplicidade de causas ou funções, inerentes a diversos negócios jurídicos que podem estar na origem da relação subjacente; depois, porque a obrigação cambiária é independente da causa e, logo, não sofre as consequências dos vícios da sua causa, isto é, são inoponíveis ao portador mediato e de boa fé as excepções

O princípio da autonomia pode entender-se como significando apenas a inoponibilidade ao portador mediato daqueles meios de defesa que visam invalidar ou restringir a obrigação do subscritor, ou, de qualquer modo, estabelecê-la em termos diferentes dos que resultam do título. Se assim é, a aplicação ou não do art. 10.º deverá resolver-se em ordem a outros factores, que não este princípio da autonomia. Se se visa proteger o comércio, então o art. 10.º há-de aplicar-se apenas a todas as dívidas procedentes daqueles actos que constituem operações economicamente mercantis. Ora a letra, ainda que tenha principal aplicação na vida comercial, é frequentemente usada em relações de todo estranhas ao comércio, em vista de fins exclusivamente civis. Aplicar, nestes casos, o art. 10.º atentaria contra o seu espírito⁸³⁵.

Por outro lado, tanto na interpretação de Guilherme Moreira, como no Assento do STJ, de 27 de Novembro de 1964, deixava-se em aberto a questão de saber sobre quem recaía o ónus de provar a natureza civil da relação subjacente, quando a dívida constasse de um título formalmente mercantil, como a letra de câmbio (era ao credor que cumpria alegar e provar desde logo a comercialidade da relação subjacente ou era ao executado, ou ao seu cônjuge, que incumbia alegar e provar a não comercialidade dessa relação, para impedir a execução imediata?).

causais, ou seja, as resultantes de possíveis vícios da relação subjacente (o que também resulta dos arts. 17.º e 1.º, n.º 2, da LULL). Repare-se que, ainda que ambas as características tendam a tornar independente o direito cartular de tudo quanto não figura no título, a literalidade projecta-se no próprio teor do título, fixando nos seus limites o conteúdo da obrigação, enquanto que a abstracção atinge a causa da obrigação, tornando-a independente, de modo a que os eventuais vícios causais não se reflectam na obrigação cartular.

O princípio da autonomia pode entender-se em dois sentidos diferentes: autonomia do direito correlativo às obrigações cambiárias e autonomia do direito sobre o título em si mesmo. Quanto à autonomia do direito cartular, quer isto significar que as excepções decorrentes de convenções extra-cartulares, que são oponíveis ao portador imediato (o portador do título que foi parte nas mesmas convenções), são inoponíveis ao portador mediato. Este tem um direito cartular autónomo: as obrigações cambiárias dos vários subscritores da letra são em face dele válidas e eficazes, são independentes de qualquer excepção derivada de convenções extra-cartulares firmadas entre os portadores anteriores do título. Trata-se das características da literalidade e da abstracção encaradas da perspectiva do portador da letra. Quanto à autonomia do direito sobre o título significa que o adquirente do título é um adquirente originário, cujo direito sobre a letra não está sujeito à arguição de ser ilegítima a sua posse, em virtude da ilegitimidade da de qualquer dos antepossuidores. É o que resulta do art. 16.º da LULL. Assim, o direito que tem por objecto a letra só não será autónomo, e o portador será obrigado a restituí-la, se quem tiver sido dela desapossado fizer prova da má fé ou falta grave.

Finalmente, o princípio da independência recíproca significa que a nulidade de uma das obrigações que a letra incorpora não se comunica às demais (cfr. o art. 17.º da LULL).

V., sobre estas questões, Ferrer Correia, *Lições...*, cit., pp. 433 e segs., e Pupo Correia, *ob. cit.*, pp. 569 e segs.

⁸³⁵ Cfr. Ferrer Correia, *Lições...*, cit., pp. 112-114. V. também, os ac. do STJ, de 06.03.1951 (*loc. cit.*); de 27.07.1951 (*loc. cit.*); de 22.05.1962 (*loc. cit.*); de 15.05.1964 (*BMJ*, n.º 137.º, 1964, p. 432); e de 01.05.1970 (*loc. cit.*). Contra, v., o Parecer da Procuradoria Geral da República, publicado no *BMJ*, n.º 276.º, 1978, p. 89; e os ac. do STJ, de 28.02.1969 (*BMJ*, n.º 191.º, 1969, p. 300); de 08.02.1973 (*loc. cit.*); de 20.02.1973 (*loc. cit.*); de 04.05.1973 (*BMJ*, cit., p. 166, e *Revista dos Tribunais*, cit., p. 226); e de 04.05.1973 (*BMJ*, cit., p. 169, e *Revista dos Tribunais*, cit., p. 455).

Entretanto, o diploma que alterou o art. 15.º do Cód. Comercial (Dec.-Lei n.º 363/77, de 2 de Setembro) alterou também o art. 10.º do mesmo código, devendo considerar-se revogada a segunda proposição do Assento referido, revogação essa que é expressamente referida no preâmbulo desse diploma como um dos objectivos da alteração legislativa (mantendo-se, obviamente, por a ela não se referir, a primeira proposição do mesmo Assento).

Confrontando o texto com a redacção antiga do mesmo artigo resultam algumas diferenças a citar.

Desde logo, de acordo com o entendimento desde há muito aceite entre os autores, deixou de falar-se das dívidas do marido para se referir a obrigações de qualquer dos cônjuges. Em segundo lugar, enquanto na redacção primitiva se aludia às dívidas comerciais, o texto actual (!) aponta para as obrigações emergentes de acto de comércio, sem, contudo, sufragar a obsoleta distinção entre actos de comércio e actos comerciais. Repudiou-se também uma das teses restritivas de Guilherme Moreira, afastando-se a moratória legal à execução da meação do cônjuge devedor, mesmo que a obrigação proviesse de um acto apenas comercial em relação ao credor. Do ponto de vista da tutela do comércio eram de aplaudir estas alterações (sobretudo esta última). O art. 10.º, aplicando-se às dívidas comerciais que o fossem só pelo lado do credor, abrangeria as dívidas contraídas por um não comerciante mediante contrato celebrado com um comerciante, no exercício do comércio deste. O comerciante tinha, assim, ao seu dispor um regime particularmente favorável (pela exclusão da moratória) para a efectivação dos seus créditos sobre clientes não comerciantes (e sobre comerciantes se não pudesse recorrer ao regime mais favorável dos arts. 1691.º, n.º 1, al. d), do Cód. Civil, e 15.º do Cód. Comercial). A redacção dada ao art. 10.º do Cód. Comercial concedeu manifesta prevalência aos interesses do comércio (foi, aliás, por pressão das associações comerciais de Lisboa e Porto que se consagrou a primitiva redacção do art. 10.º)⁸³⁶ sobre os interesses de defesa do património familiar comum que, por sua natureza, se tem querido preservar da actuação unilateral de um dos cônjuges.

O novo texto não resolveu, porém, ou pelo menos com a clareza necessária, o problema suscitado em torno das obrigações constantes de títulos cambiários. Aludia-se

⁸³⁶ A moratória prevista no art. 1696.º, n.º 1, dificultava a satisfação dos credores e, como dizia o relatório da Comissão de Legislação da Câmara dos Deputados (citado em Adriano Anthero, *Comentário ao Código Commercial...*, cit., p. 59, e Fernando Olavo, *ob. cit.*, p. 206), "...mas este meio, além de injusto em si, é contrário aos interesses gerais e económicos da Nação, porque retira e como que imobiliza capitais circulantes, que o comércio não pode dispensar".

genericamente a obrigações emergentes de acto de comércio. Mas, no caso de títulos cambiários, bastaria o facto de a obrigação deles emergente nascer de um acto formalmente comercial ou seria ainda necessário, para permitir a execução imediata da meação do devedor, que fosse comercial também a obrigação subjacente ao título de crédito, no âmbito das relações mediatas?

Foi esse o problema que o Assento do STJ, de 13 de Abril de 1978⁸³⁷, procurou solucionar: “Nas execuções fundadas em títulos de crédito, o pagamento das dívidas comerciais, de qualquer dos cônjuges, que tiver que ser feito pela meação do devedor nos bens comuns do casal, só está livre da moratória estabelecida no n.º 1 do art. 1696.º do Código Civil, ao abrigo do disposto no art. 10.º do Código Comercial, mesmo no domínio das relações mediatas, se estiver provada a comercialidade substancial da dívida exequenda”.

Face à solução do Assento, o portador mediato de uma letra que pretenda valer-se do art. 10.º do Cód. Comercial, terá que indagar da natureza da obrigação subjacente, a que é estranho, terá que indagar da comercialidade da obrigação daqueles que são alheios ao seu crédito subjacente.

São normalmente duas as razões apontadas para justificar a solução do Assento⁸³⁸. Em primeiro lugar, importa ter em consideração que foi em homenagem aos interesses da vida mercantil que o legislador consagrou o art. 10.º do Cód. Comercial como uma excepção ao regime do art. 1696.º, n.º 1. Pretendeu-se que os interesses da família, tutelados pelo art. 1696.º, cedessem perante os interesses do comércio. É a protecção do comércio que justifica que se permita aos credores abrangidos pelo art. 10.º do Cód. Comercial executarem a meação do devedor nos bens comuns ainda antes da dissolução do casamento ou da separação. Ora, a subscrição de uma letra não está forçosamente ligada ao comércio. Frequentemente são subscritas letras em conexão com negócios patrimoniais da vida civil. Por isso, não faria sentido que ficasse sujeita ao regime do art. 10.º citado toda e qualquer promessa de pagamento abstractamente contida na letra, independentemente de se saber se surgira ou não em conexão com a vida mercantil. O benefício que deste modo seria concedido ao credor cambiário, com prejuízos para os interesses da família, não era justificado pela protecção do comércio.

Em segundo lugar, se assim não se entendesse, facilmente se frustraria a tutela da família, visada pelo art. 1696.º, n.º 1. Se todo o credor cambiário pudesse valer-se do

⁸³⁷ A partir de agora denominado Assento n.º 4/78.

⁸³⁸ V., V. G. Lobo Xavier, “Responsabilidade dos bens do casal...”, *loc. cit.*, pp. 21 e 23.

disposto no art. 10.º do Cód. Comercial, a excepção aí prevista comportaria a subversão da regra, pois aplicar-se-ia potencialmente a toda e qualquer dívida. De facto, bastaria, para escapar à moratória do art. 1696.º, n.º 1, que, ao contrair a dívida, o cônjuge subscrevesse uma letra pelo respectivo montante⁸³⁹.

⁸³⁹ Contra a doutrina do Assento n.º 4/78, pronunciaram-se alguns autores, como Fernando Olavo *ibidem*, J. G. Sá Carneiro, “Os arts. 10.º e 15.º...”, *loc. cit.*, ano 91.º, 1973, pp. 9 e segs., e Vaz Serra, “Anotação ao ac. do STJ, de 11 de Junho de 1976”, *RLJ*, ano 110.º, 1977/78, pp. 196 e segs., “Anotação ao ac. do STJ, de 13 de Abril de 1978”, *RLJ*, ano 111.º, 1978/79, p. 313, e “Anotação ao ac. do STJ, de 5 de Fevereiro de 1980”, *RLJ*, ano 114.º, 1981/82, pp. 187 e segs. (admitindo a tese no domínio das relações imediatas, parece afastá-la quando se trata de relações mediatas, por entender, ao contrário do Assento, que a protecção a conferir ao credor comercial mediato devia ser superior à conferida ao cônjuge do devedor de uma obrigação substancialmente não comercial). V. também, Eridano de Abreu, *ibidem*, e “Acção executiva. Penhora de bens comuns (o art. 10.º do Código Comercial)”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 38.º, 1978, pp. 547-559, para quem o art. 10.º do Cód. Comercial deixava assim de ter qualquer utilidade, pois jamais constará do título executivo a comercialidade substancial da dívida e o exequente não teria possibilidade de fazer prova de tal comercialidade. Chega mesmo a afirmar, no primeiro artigo citado, pp. 155 e 156, que a afirmação feita no Assento n.º 4/78, “no sentido de que à mulher, na defesa dos bens comuns do casal, se não aplica o princípio da inoponibilidade que vigora no âmbito das relações mediatas, devendo o portador da letra, se quiser tirar proveito da comercialidade substancial da obrigação informar-se da “operação que originou o respectivo saque e o correlativo aceite antes de aceitar o endosso” e informar-se ainda, do sacador que lhe endossou, em que concretiza essa operação e qual a prova respectiva, contradiz de tal modo os princípios que regem os caracteres das letras, que o regime das obrigações cambiais virá a sofrer rude golpe, se continuar a fazer carreira semelhante doutrina”. Defendiam os autores citados que o art. 10.º do Cód. Comercial se referia a dívidas comerciais, isto é, a dívidas que resultam de factos jurídico-comerciais, e tal seria o caso das obrigações derivadas da letra (acto de comércio objectivamente regulado na lei comercial). A letra é instrumento indispensável para a dinâmica da vida mercantil, não podendo estar privada das especiais vantagens que a lei assegura aos negócios comerciais. Nem faria sentido que, tendo sido o regime dos títulos de crédito estruturado em ordem a assegurar, dada a necessidade de proteger os créditos, as maiores garantias ao titular, contrariamente se lhes negasse o benefício do art. 10.º do Cód. Comercial. É certo que nem sempre a obrigação subjacente à letra tem natureza comercial. Na vida económica civil a letra é também frequentemente utilizada, dadas as vantagens que assegura. Mas não se poderia invocar essa utilização para lhe retirar as vantagens próprias. De resto, não se pode atribuir à obrigação cambiária a mesma natureza da obrigação subjacente, visto a primeira (derivada do título abstracto) ser independente e autónoma desta (derivada do negócio jurídico subjacente). A natureza mercantil ou não de uma obrigação é apenas a que decorre do próprio acto jurídico de que resulta e não de um outro acto distinto. Só negando o carácter abstracto do negócio jurídico cambiário seria possível admitir a tese do Assento em causa.

Entendiam, assim, que na esfera das relações imediatas não era aplicável o art. 10.º do Cód. Comercial quando não fosse comercial a obrigação subjacente, ao passo que no domínio das relações mediatas tal artigo seria aplicável ainda que não fosse comercial a obrigação subjacente.

Quanto à questão da letra de favor, entendia Vaz Serra, “Anotação ao ac. do STJ, de 4 de Janeiro de 1972”, *RLJ*, ano 105.º, 1972/73, pp. 359 e 360, que o obrigar-se por favor produz os mesmos efeitos que obrigar-se com fim de garantia e, por isso, a obrigação de favor é válida como qualquer obrigação de garantia. Mas, podendo quem assina por favor assumir na letra a qualidade de obrigado para com o favorecido, é possível que este (ou um seu herdeiro) se valha da posse da letra para pretender o seu pagamento pelo favorecedor que figura como devedor. Nesta situação, o favorecedor oporá a excepção da relação de favor e rejeitará a pretensão do favorecido. Mas em face de qualquer outro portador, ainda que conhecedor do carácter de favor da subscrição, a excepção de favor é irrelevante, pois os terceiros têm direito de contar com a responsabilidade do signatário de favor. Destinando-se a subscrição de favor a aumentar o crédito do favorecido, essa subscrição é uma causa de obrigação que vincula o favorecedor a efectuar o pagamento da letra, mesmo que o portador (que não seja o favorecido ou os seus herdeiros) tivesse conhecimento da natureza de favor da assinatura. Ainda que o portador conhecesse tal natureza, aplicar-se-ia o art. 10.º do Cód. Comercial, pois, dado o fim da subscrição de favor, a obrigação do favorecedor é uma obrigação comercial.

Numa posição concordante com a doutrina do Assento n.º 4/78, por nele se não ver nenhuma ofensa às garantias da literalidade e abstracção dos títulos de crédito, veja-se, entre outros, Nogueira Serens, “A propósito do Assento n.º 4/78...”, *loc. cit.*, pp. 33-77, V. G. Lobo Xavier, *Sumários...*, *cit.*, pp. 121-127, “O art. 10.º do Código Comercial e as dívidas cambiárias (assento do Supremo

Resolveu, assim, o referido Assento, em sentido positivo, o problema de saber se a comercialidade ou não da dívida subjacente à subscrição cambiária será de atender nas relações mediatas. E também aqui parece ser ao credor que cabe provar a comercialidade substancial da obrigação subjacente de forma a poder valer-se do art. 10.º do Cód. Comercial.

De facto, e quanto à questão do ónus da prova, entendem alguns autores que o Assento n.º 4/78 estabeleceu que o ónus da prova da comercialidade substancial da dívida incumbe ao portador da letra, não sendo suficiente que exhiba o título em causa⁸⁴⁰. A comercialidade substancial traduz-se num facto constitutivo do direito invocado pelo credor – o direito de executar imediatamente, sem sujeição à moratória, a meação do

Tribunal de Justiça, de 13 de Abril de 1978, n.º (4/78)”, Separata da *RDES*, ano XXV, n.ºs 1 e 2, Janeiro-Março, 1980, pp. 71-105, e “Responsabilidade dos bens do casal...”, *loc. cit.*, pp. 28-32, A. Lopes Cardoso, “Da responsabilidade dos cônjuges...”, *ob. e loc. cit.*, pp. 165-208, e Pupo Correia, *ob. cit.*, pp. 82-83, entendendo que a relação subjacente, de cuja comercialidade substancial o portador do título tem de fazer a prova, é a relação que estiver na base da transmissão do título para esse portador e não a relação original. Referem os autores que o Assento do STJ, de 27 de Novembro de 1964, resolveu o problema de, na execução respeitante a uma dívida de letra, relevar, para efeitos de aplicação do art. 10.º do Cód. Comercial, a natureza comercial ou civil da obrigação subjacente à subscrição cambiária. O Assento n.º 4/78 manteve tal posição e resolveu a questão das relações mediatas.

⁸⁴⁰ Entre outros, J. G. Sá Carneiro, “Os arts. 10.º e 15.º...”, *loc. cit.*, ano 91.º, 1973, p. 55, Vaz Serra, “Anotação ao ac. do STJ, de 11 de Junho de 1976”, *loc. cit.*, p. 197 (aí refere que o cônjuge do subscritor da letra tem interesse em impedir a execução da meação deste e a separação das meações, pelo que, se o credor quiser um título executivo oponível a esse cônjuge, este deveria intervir na acção declarativa, onde se decidirá a natureza da dívida - mas se o cônjuge não tiver intervindo na acção, é razoável que, uma vez citado, nos termos dos arts. 10.º do Cód. Comercial e 825.º do Cód. de Processo Civil, possa deduzir embargos de terceiro e provar a natureza não comercial da obrigação causal para beneficiar do regime da moratória), e “Anotação ao ac. do STJ, de 5 de Fevereiro de 1980”, *loc. cit.*, p. 192 (especificando que é nos embargos que competirá ao credor embargado o ónus da prova da comercialidade (neste sentido, o ac. da RP, de 15.11.1988 (*BMJ*, n.º 381.º, 1988, p. 747) – porém, os embargos de terceiro serão perdidos se o seu autor, cônjuge do executado, não os impulsionar ou não provar o seu pedido!), V. G. Lobo Xavier, *Sumários...*, *cit.*, pp. 121-127, “O art. 10.º do Código Comercial...”, *loc. cit.*, pp. 71-105, e “Responsabilidade dos bens do casal...”, *loc. cit.*, pp. 28-32, Nogueira Serens, “A propósito do Assento n.º 4/78...”, *loc. cit.*, pp. 51 e segs., A. Lopes Cardoso, “Da responsabilidade dos cônjuges...”, *ob. e loc. cit.*, pp. 196 e segs., Pupo Correia, *ob. cit.*, pp. 82-83, e Antunes Varela, *ob. cit.*, p. 420. Entendem os autores que o Assento n.º 4/78 resolveu também o problema do ónus da prova, quanto à comercialidade substancial da dívida. Até aí, entre os que sustentavam a doutrina consagrada no Assento do STJ, de 27 de Novembro de 1964, da necessidade da comercialidade substancial da dívida para o portador da letra se valer do art. 10.º do Cód. Comercial, parecia predominar a ideia de que não era ao portador que competia provar tal comercialidade, mas sim ao obrigado ou ao seu cônjuge, para a aplicação do regime da moratória, é que competiria provar que a obrigação subjacente à obrigação cambiária não possuía natureza comercial. Não foi esse o entendimento seguido, segundo os mesmos autores. Só seria assim se a lei mostrasse considerar a comercialidade formal presunção da comercialidade substancial, como também Guilherme Moreira entendia. Aí seria ao devedor ou ao seu cônjuge que caberia provar a não comercialidade da obrigação subjacente. Contudo, não viam os autores citados base legal para tal presunção.

Cfr., neste sentido, e na jurisprudência, os ac. do STJ, de 21.06.1990 (*BMJ*, n.º 398.º, 1990, p. 466); de 20.12.1990 (*BMJ*, n.º 402.º, 1991, p. 617); de 17.01.1991 (*BMJ*, n.º 403.º, 1991, p. 348.º); de 11.06.1991 (*loc. cit.*, p. 451); de 23.03.1993 (*BMJ*, n.º 425.º, 1993, p. 580); de 29.09.1993 (*Col. Jurisp. (STJ)*, tomo III, 1993, p. 43); de 25.11.1993 (*BMJ*, n.º 431.º, 1993, p. 513); e de 09.11.1995 (*BMJ*, n.º 451.º, 1995, p. 344); da RL, de 13.10.1988 (*Col. Jurisp.*, tomo IV, 1988, p. 124); de 08.03.1990 (*Col. Jurisp.*, tomo II, 1990, p. 118); de 07.11.1991 (*BMJ*, n.º 411.º, 1991, p. 642); e de 30.04.1992 (*Col. Jurisp.*, tomo II, 1992, p. 161); da RP, de 26.04.1993 (*Col. Jurisp.*, tomo II, 1993, p. 220); e de 11.10.1995 (*BMJ*, n.º 450.º, 1995, p. 551); da RC, de 06.01.1987 (*Col. Jurisp.*, tomo I, 1987, p. 27); de 03.04.1990 (*Col. Jurisp.*, tomo II, 1990, p. 61); e de 05.03.1996 (*BMJ*, n.º 455.º, 1996, p. 580); e da RE, de 05.04.1979 (*Col. Jurisp.*, tomo II, 1979, p. 407); e de 04.04.1989 (*Col. Jurisp.*, tomo II, 1989, p. 282).

devedor nos bens comuns. De acordo com o art. 342.º, n.º 1, caberá ao credor o ónus da prova. Seria injusto, sobretudo no domínio das relações imediatas, exigir ao cônjuge do devedor, terceiro em relação ao acto que originou a dívida, o ónus da prova quanto a esta questão.

Em sentido diferente pronunciaram-se outros autores.

Pinto Furtado aceitava, mesmo antes do Assento n.º 4/78, que se poderia sempre discutir, mesmo no âmbito das relações mediatas, se a dívida subjacente à cambiária tinha ou não natureza civil⁸⁴¹. Partilha, neste ponto, da opinião dos autores acima mencionados.

Mas, quanto ao problema de determinar a quem cabe o ónus da prova da comercialidade da obrigação subjacente, discorda daqueles autores que entendem ser ao credor que cabe provar a comercialidade do seu crédito, por a comercialidade substancial se traduzir num facto constitutivo do direito invocado pelo credor. Em seu entender, a doutrina anterior coloca-se no plano da declaração do direito, do processo declarativo, quando a dispensa de moratória para pagamento pela meação do devedor em bens comuns é uma providência executiva que a lei põe, em certos casos, à disposição do credor. Favorecendo os devedores relapsos, obriga o credor, munido de título executivo contra o seu devedor e pretendendo responsabilizá-lo apenas a ele, a “atardar a cobrança do seu crédito embrenhando-se numa prévia declaração, morosa e desgastante, que terá unicamente por objectivo poder vir a fazer-se pagar pela meação do seu devedor sem a moratória civil”⁸⁴². Acresce que a dispensa de moratória não é exclusivo da obrigação substancialmente comercial, ocorrendo também com as indemnizações devidas nos termos do Cód. da Estrada, com as dívidas de custas ou multas, as provenientes de crimes, de multas fiscais ou de acidentes de trabalho e doenças profissionais. Significaria então que também para estes casos teriam os respectivos credores, para se libertarem da moratória civil, de obter idêntica declaração prévia para convencer o cônjuge não devedor da natureza da dívida⁸⁴³. Justifica-se,

⁸⁴¹ Pinto Furtado, *Disposições...*, cit., pp. 51 e segs., e “Dívidas comerciais...”, *loc. cit.*, pp. 40 e segs.

⁸⁴² Pinto Furtado, “Dívidas comerciais...”, *loc. cit.*, p. 41.

⁸⁴³ Também Rui Pinto, *A penhora...*, cit., pp. 52-55, chama a atenção para os problemas que se colocam se o exequente tiver que demonstrar a comercialidade substancial. Com efeito, não havendo no processo executivo uma fase de produção de prova tendente a demonstrar a referida comercialidade, o único meio de a provar seria em acção declarativa prévia. Ou seja, o credor munido de título executivo extrajudicial ver-se-ia obrigado sempre a uma prévia acção declarativa para demonstrar a comercialidade substancial e, assim, executar imediatamente a meação do cônjuge devedor nos bens comuns sem estar sujeita a moratória. Considera, porém, o autor que, mesmo sendo o exequente a provar a comercialidade substancial, sempre conseguiria demonstrá-la sem necessidade de prévia acção declarativa se no título estiver inscrita a qualidade de comerciante do portador e/ou a origem objectivamente comercial

portanto, com um argumento de ordem processual: não será exigida a demonstração da comercialidade para o tribunal poder, sem mais, ordenar a penhora de acordo com o art. 10.º do Cód. Comercial. Haverá, então, uma dispensa ou liberação do ónus da prova. A dispensa de moratória que se concede no art. 10.º do Cód. Comercial reconduz-se a um trâmite adjetivo, puramente imbricado no processo executivo, relativamente à eventual nomeação à penhora do direito à meação do executado. A susceptibilidade de penhora, tanto em bens próprios do executado como em bens comuns correspondentes à sua meação, decorre do princípio de que o património do devedor é a garantia geral dos credores (art. 601.º). É, portanto, uma consequência automática da existência de um título executivo contra o devedor, o qual não se relaciona com os bens por que o credor se há-de pagar. Para a nomeação de bens à penhora não se exigia, nem ao exequente nem ao executado (arts. 837.º e segs. do Cód. de Processo Civil anterior), o ónus da demonstração de que os bens existem e estão na titularidade do executado. A execução forçada dos bens do devedor não depende de instrução e acertamento prévio da titularidade desses bens. O decretamento da penhora nessas condições insere-se no quadro processual do princípio da tutela provisória da aparência, dispensando qualquer demonstração prévia da comercialidade substancial da obrigação exequenda. Logo, não pode impender sobre o credor nenhum ónus da prova dos factos demonstrativos da comercialidade substancial da dívida quando nomeie à penhora. O cônjuge citado é que, se entender que a obrigação exequenda não tem aquele carácter, deverá embargar de terceiro e, por aplicação do art. 342.º do Cód. Civil, demonstrar os factos constitutivos do direito que oponha à penhora, fazendo a prova da falta de comercialidade substancial da dívida em causa. Não sendo exigido ao credor que intente uma acção declarativa, com vista a provar a comercialidade substancial da dívida exequenda, já que, detendo título executivo contra o devedor, apenas pretende a este demandar, penhorando os seus bens próprios e a meação nos bens comuns, o problema do ónus da prova só surgirá verdadeiramente quando o executado ou o seu cônjuge levantem a questão em termos de defesa.

Entende que os outros autores têm razão ao afirmar que da simples comercialidade formal não resulta uma presunção de comercialidade substancial capaz de inverter o

da dívida (sem prejuízo dos embargos de executado ou do seu cônjuge alegando a falta de comercialidade da dívida). É, como refere António Matos Esteves, “Dívidas emergentes de títulos de crédito. O afastamento da moratória forçada”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 55.º, 1995, pp. 586 e 587, uma nova tese que procura no próprio título executivo, com base no qual é instaurada a acção executiva, a prova da comercialidade substancial da dívida exequenda.

ónus da prova. Só que a inversão do ónus probatório não resultará dessa presunção, mas da dispensa ou liberação do ónus da prova (o tribunal deverá ordenar a penhora sem necessidade de demonstração da comercialidade substancial da dívida). Além do mais, acrescenta o autor, se é em embargos de executado ou de terceiro que se discute a comercialidade substancial da obrigação requerida para o funcionamento do disposto no art. 10.º do Cód. Comercial, parece que, nos termos do art. 342.º, n.º 1, caberá aos embargantes (devedor ou o seu cônjuge), e não ao embargado (credor) provar os factos constitutivos do direito que oponham à penhora. Quem defende ser o credor a provar a comercialidade substancial da dívida admite que, mesmo dispondo de título executivo contra o devedor, não poderá beneficiar da dispensa da moratória sem prévia demonstração da comercialidade substancial da dívida. Assim, entende o autor ser ao cônjuge do subscritor cambiário que incumbe provar a não comercialidade da obrigação fundamental ou subjacente⁸⁴⁴.

Aliás, e ao contrário do entendimento da outra parte da doutrina, na fundamentação do Assento n.º 4/78 não há uma única referência ao problema da necessidade de o credor provar a comercialidade substancial, resolvendo simplesmente a questão da invocação, nas relações mediatas, da comercialidade substancial da dívida exequenda.

Anteriormente ao Assento n.º 4/78, aqueles que, como Guilherme Moreira e na esteira do Assento do STJ, de 27 de Novembro de 1964, exigiam a prova da comercialidade substancial da obrigação, restringiam essa solução ao âmbito das relações imediatas (relações entre o portador da letra e o sujeito que lhe transmitira o

⁸⁴⁴ No mesmo sentido, cfr. os ac. do STJ, de 27.01.1993 (*Col. Jurisp. (STJ)*, tomo I, 1993, p. 98 – não deixa de traduzir uma posição particular, quase como se admitisse não uma presunção de comercialidade substancial, mas a ideia de liberação apresentada por Pinto Furtado); e de 21.03.1995 (*Col. Jurisp. (STJ)*, tomo I, 1995, p. 132 – em sentido idêntico ao acórdão anterior, refere a “prova de primeira aparência”); da RP, de 06.01.1987 (*BMJ*, n.º 363.º, 1987, p. 603); e de 14.04.1988 (*Col. Jurisp.*, tomo II, 1988, p. 214); da RC, de 15.11.1988 (*Col. Jurisp.*, tomo V, 1988, p. 74); e da RE, de 07.06.1990 (*Col. Jurisp.*, tomo III, 1990, p. 277).

O mesmo era defendido por Guilherme Moreira, *ibidem* (sendo certo que defendia a exigência da comercialidade da dívida exequenda, era o cônjuge do obrigado que tinha de provar a não comercialidade substancial da dívida, para afastar a aplicação do art. 10.º do Cód. Comercial), Alberto dos Reis, *Processo...*, cit., vol. I, pp. 295 e 296, e até por Ferrer Correia, *Lições...*, cit., p. 113, ao referir que no que “diz respeito à esfera das chamadas relações imediatas, o acerto da doutrina de Guilherme Moreira é incontestável”. Entendia Alberto dos Reis que a natureza civil da obrigação subjacente podia ser invocada para afastar a aplicação do art. 10.º do Cód. Comercial, tanto no domínio das relações imediatas como nas mediatas. Mas, tratando-se de portador mediato, gozava do benefício previsto no referido art. 10.º, enquanto contra ele se não fizesse valer a natureza civil da obrigação subjacente. Não era ao credor, munido de título formalmente comercial, que incumbia provar a comercialidade substancial para aproveitar o benefício do art. 10.º; era ao devedor ou ao cônjuge que cumpria alegar e provar a natureza civil da obrigação subjacente, para afastar a aplicação do art. 10.º. Chegou a defender a possibilidade do incidente de chamamento à demanda do outro cônjuge (que, na Reforma de 1995/96, passou a integrar o incidente de intervenção principal provocada, nos termos do art. 325.º do Cód. de Processo Civil) na acção executiva, o que foi criticado por outros autores, como Eurico Lopes Cardoso, *Manual dos incidentes da instância*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 1965, pp. 119 e 120.

título). Nas relações mediatas já o portador poderia sempre valer-se do art. 10.º do Cód. Comercial. A razão estava no art. 17.º LULL⁸⁴⁵.

No domínio das relações mediatas operava o princípio da autonomia, o princípio de que o direito do portador é um direito autónomo relativamente aos direitos dos portadores anteriores e, por isso, insusceptível de ser afectado pelas excepções que um obrigado cambiário possa opor a algum daqueles sujeitos, com base na relação fundamental que aos mesmos liga⁸⁴⁶. Contudo, já vimos que do princípio da autonomia não resulta que, sendo o título cambiário transmitido pelo primeiro credor, possa o novo credor recorrer ao art. 10.º do Cód. Comercial, na execução que promova contra o devedor originário, independentemente da comercialidade da dívida subjacente. Nem aquele nem outro dos princípios das letras (ou outro título) asseguram ao portador mediato o direito de executar, sem interferência das regras próprias dos regimes de bens de casamento, a totalidade do património do devedor casado (ainda que seja evidente que a posição do portador mediato ficaria favorecida se pudesse recorrer ao art. 10.º do Cód. Comercial independentemente da comercialidade da dívida subjacente). Com efeito, tanto a literalidade como a abstracção e a autonomia foram instituídas com o fim de garantir o portador do título contra a oponibilidade, por parte do obrigado cambiário, de vícios que, estranhos ao conteúdo do título, afectam a validade ou o conteúdo do direito correspondente à obrigação cartular. A moratória aposta pelo cônjuge do obrigado cambiário, ou por este, não afecta o conteúdo da obrigação cartular, nem prejudica a validade do direito do portador. Do que se trata é de, respeitando a validade do direito do credor, tal como ele resulta do título, suspender a sua execução em nome de um interesse (o da estabilidade do património familiar) que, embora sacrificado aos interesses das relações intrinsecamente comerciais, é superior ao interesse geral da expedita execução das obrigações cambiárias. Portanto, os princípios dos títulos de crédito, importantes para a sua circulação, são apenas indirectamente tutelados pelo art. 10.º do Cód. Comercial. Esta norma visa contemplar as exigências do comércio e só nessa medida pode ser perspectivada como uma norma protectora da circulação das

⁸⁴⁵ Art. 17.º da LULL: “As pessoas accionadas em virtude de uma letra não podem opor ao portador as excepções fundadas sobre as relações pessoais delas com o sacador ou com os portadores anteriores, a menos que o portador da letra tenha procedido conscientemente em detrimento do devedor”.

⁸⁴⁶ Podia também invocar-se o princípio da literalidade contra a possibilidade de o carácter não comercial da dívida subjacente à subscrição cambiária ser atendido para o efeito de evitar que o portador mediato recorra ao art. 10.º do Cód. Comercial. É também para prevenir esta dificuldade que frequentemente se apõe na letra a indicação de que ela foi emitida em conexão com uma transacção comercial. Em todo o caso, as razões referidas para afastar o argumento assente no princípio da autonomia valem também para o da literalidade.

letras. A possibilidade de recorrer ao disposto neste artigo deriva, não de qualquer um dos referidos princípios do direito cambiário, mas da verificação do seu pressuposto de aplicação: estar em causa a satisfação das necessidades do comércio, o que nem presuntivamente se pode afirmar pelo facto de os créditos a reclamar revestirem a *forma* comercial⁸⁴⁷.

Eventualmente, nem sequer se pode dizer, com rigor, que se fez prevalecer a defesa da família sobre os efeitos normais dos títulos de crédito. O que acontece é que um não subscritor de um título mantém a sua defesa normal contra a intromissão no património comum. Com efeito, na distinção entre as relações mediatas e imediatas nos títulos de crédito estão em causa os intervenientes ou signatários nesses títulos. É em relação à responsabilidade do subscritor que funcionam, efectivamente, os caracteres da abstracção, literalidade e autonomia por forma a não lhe permitir opor ao portador mediato defesa própria da relação subjacente. Mas, o mesmo não se passa em relação a quem não assinou o título. É precisamente nessa categoria que está o cônjuge do executado; é ele que quer defender-se do ataque aos bens comuns de que tem parte e será inteiramente legítimo que só não possa defender-se nos casos previstos na lei, ou seja, se se tratar de uma dívida que, pela sua natureza, não esteja sujeita à moratória. Ora, a natureza da dívida como comercial é a que o é substancialmente e não apenas formalmente⁸⁴⁸.

Por outro lado, o próprio subscritor-executado, na sua defesa, não usa o que o art. 17.º da LULL lhe proíbe. A defesa a que este artigo se reporta prende-se com a essência da relação subjacente (fase declarativa) e não com a execução da dívida sobre o património do subscritor (fase executiva). Este património pode estar subtraído à execução por vários motivos que a lei prevê e não só por força da moratória (p. ex., em virtude dos arts. 822.º a 824.º-A do Cód. de Processo Civil, nos casos de impenhorabilidade total ou parcial). Ou seja, movimenta a sua defesa num campo

⁸⁴⁷ Nogueira Serens, “A propósito do Assento n.º 4/78...”, *loc. cit.*, p. 70. Refere o autor que a exigência da natureza comercial da obrigação subjacente, como pressuposto de aplicação do art. 10.º do Cód. Comercial também nas relações mediatas, só aparentemente põe em causa o interesse do terceiro portador de boa fé da letra (que, no entendimento de Vaz Serra, “Anotação ao ac. do STJ, de 13 de Abril de 1978”, *RLJ*, ano 111.º, 1978/79, p. 313, ao criticar a doutrina do Assento n.º 4/78, pode tê-la adquirido confiando na faculdade de executar imediatamente a meação do devedor nos bens comuns). A esta eventual expectativa do terceiro de boa fé, que não tem qualquer protecção legal autónoma, contrapõe-se outra: a do devedor e do seu cônjuge na preservação do património familiar, a qual tem consagração legal no art. 1696.º, n.º 1. Neste sentido, v., o ac. do STJ, de 13.04.1978 (*RLJ*, ano 111.º, 1978/79, p. 310).

⁸⁴⁸ Por isso, para A. Lopes Cardoso, “Da responsabilidade dos cônjuges...”, *cit.*, pp. 198 e 199, a nível processual, não é reservada esta matéria para a defesa; pelo contrário, a comercialidade substancial é facto constitutivo do direito do exequente à não sujeição à moratória.

diferente da do próprio título de crédito, que é o campo do património que responde pela dívida⁸⁴⁹.

Outra crítica que se apontava à doutrina do Assento n.º 4/78 era a de que se obrigaria o portador de uma letra ou livrança a ter que propor acção declarativa, tornando inútil a posse de um título executivo (ainda que só contra o executado) fazendo desaparecer a vantagem trazida pelo art. 10.º do Cód. Comercial. Na execução o exequente não terá oportunidade de provar a comercialidade substancial da dívida⁸⁵⁰. Repare-se, porém, que o art. 10.º do Cód. Comercial teria sempre utilidade nos casos em que exista título executivo do qual resulta que a dívida emerge de acto de comércio, ainda que este exista só do lado do credor. Mas mesmo que a titularidade da letra ou livrança não prove a natureza do acto que lhe subjaz, bastaria, para salvaguardar a aplicação do art. 10.º do Cód. Comercial, fazer constar da letra algo sobre a origem da obrigação, no lugar destinado à indicação da proveniência. Se, além disso, se fizesse constar do requerimento executivo a qualidade de comerciante do credor e até a ligação a essa qualidade do acto concreto, para que este se qualificasse como subjectivamente comercial, haveria a necessária segurança para a aplicação do referido artigo⁸⁵¹.

⁸⁴⁹ A. Lopes Cardoso, *ibidem*.

⁸⁵⁰ Mesmo Nogueira Serens, “A propósito do Assento n.º 4/78...”, *loc. cit.*, p. 71, que defendia a doutrina do Assento em causa, concluiu que tal doutrina implicava a necessidade de se recorrer previamente à acção declarativa, à qual seria chamado o cônjuge do devedor. Se o credor promover a execução com base na própria letra de câmbio, por nesse caso não ter possibilidade de provar a natureza comercial da dívida, teria que sujeitar-se à disciplina do art. 1696.º, n.º 1.

⁸⁵¹ A. Lopes Cardoso, “Da responsabilidade dos cônjuges...”, *cit.*, p. 201. O autor analisa também a questão de, no domínio das relações mediatas, só nessa fase surgir um acto de comércio em relação ao tomador, o que é muito frequente quando este é um Banco a quem a letra ou livrança é descontada. Ou seja, ao tempo da emissão a letra não titulava um acto de comércio, quer em relação ao aceitante, quer em relação ao sacador, mas este obteve descontá-la num Banco e é este quem vai executá-la. Entende o autor que importa distinguir a pessoa do sacador-endossante (descontário) e a do aceitante. Em relação a este não pode dizer-se que a relação de desconto bancário (apesar da sua natureza objectivamente comercial, aliada à natureza do Banco como comerciante) tenha criado uma obrigação mercantil unilateral que permita recorrer ao art. 10.º do Cód. Comercial. De facto, quando este artigo se reporta a uma obrigação emergente de acto de comércio, ainda que o seja apenas em relação a uma das partes, pressupõe que o executado seja aquele que está na relação imediata com o exequente. Por isso, porque o aceitante não contraiu uma obrigação mercantil com o sacador, não pode o Banco prevalecer-se junto do aceitante e seu cônjuge da sua situação que só provém do desconto feito pelo sacador.

O mesmo já não se passará com o sacador-endossante. Ainda que a sua relação primitiva com o aceitante não tenha natureza substancialmente comercial, ao fazer entrar a letra em circulação, descontou-a num Banco e o acto de desconto é um acto de comércio. O portador bancário poderia, assim, invocar na execução só contra o sacador-endossante o privilégio da não sujeição à moratória do art. 10.º do Cód. Comercial. Neste caso, entende o autor que se o cônjuge do executado for citado para requerer a separação de bens, não terá êxito ao embargar de terceiro, dada a indiscutibilidade da comercialidade do desconto bancário (pp. 202-204). Em sentido oposto, v., Pinto Furtado, “Dívidas comerciais...”, *loc. cit.*, pp. 63 e segs., defendendo que o Banco endossado pode beneficiar da dispensa de moratória do art. 10.º do Cód. Comercial, fundada na comercialidade do desconto bancário, tanto contra o sacador-endossante seu, como na execução contra o sacado-aceitante. Pelo contrário, a propósito do art. 15.º do Cód. Comercial, e defendendo a necessidade da comercialidade substancial da relação subjacente no caso de obrigações cambiárias, já considera não ser admissível ao portador de um título cambiário demandar o cônjuge de um subscritor mediato, com vista a

Assim, e em resumo, o Assento n.º 4/78, apesar das suas deficiências e das críticas que suscitou, tomou posição quanto a duas importantes questões. Por um lado, aceitou que, mesmo no domínio das relações mediatas, a execução por dívida (da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges) constante de título de crédito só pode dar lugar à execução imediata da meação do cônjuge devedor se for comercial a obrigação fundamental ou subjacente ao título, não bastando a comercialidade da obrigação cartular. Por outro lado, resolveu também a questão de saber se era ao executado ou ao seu cônjuge que incumbia alegar e provar a natureza civil da obrigação fundamental, para obstar à execução imediata da meação, ou se era, pelo contrário, ao exequente, portador do título cambiário, que competia provar a natureza comercial dessa obrigação, para afastar a moratória, parecendo optar, ainda que algumas dúvidas possam existir, dado nada referir expressamente, por esta última posição.

Parece-nos, contudo, e porque o Assento nos dá alguma liberdade, que se poderia entender que a prova da comercialidade substancial incumbe ao cônjuge do devedor ou a ele mesmo. De facto, são eles que estão na posse dos elementos que lhes permitirão demonstrar a falta de comercialidade substancial, e não o credor que, muitas vezes, sobretudo nas relações mediatas, é completamente estranho há existência ou não de comercialidade substancial. É evidente que quem alega um direito deve prová-lo (art. 342.º). Porém, e como referimos *supra*, citando Pinto Furtado, é em embargos que se deverá alegar essa comercialidade (ou a sua falta), pelo que são os embargantes que têm o ónus da prova. O art. 10.º do Cód. Comercial situa-se no campo do processo executivo, estatuinto a dispensa de moratória na execução forçada da meação do devedor, em execução instaurada unicamente contra este. Não é a acção executiva o campo para o credor provar a comercialidade substancial. Se possui título executivo contra o devedor pode imediatamente penhorar os bens deste, próprios ou a meação nos

convencê-lo da comunicabilidade. Para tal refere que o art. 10.º do Cód. Comercial proporciona que, no processo executivo movido contra o devedor, este, ou o seu cônjuge, levante a falta de comercialidade substancial da relação subjacente por que se obrigou, ainda que o exequente seja um portador mediato. Coisa diferente é pretender este, logo na acção declarativa, necessária para a comunicabilidade da dívida nos termos da al. d) do n.º 1 do art. 1691.º e art. 15.º do Cód. Comercial, tentar convencer o cônjuge do devedor de uma co-responsabilidade que só poderia fundar-se em relação subjacente a que é estranho e de que não é credor (*Disposições gerais...*, *ob. cit.*, pp. 86 e 87). V., neste último sentido, os ac. da RL, de 03.04.1974 (*BMJ*, n.º 236.º, 1974, p. 188); e de 02.05.1974 (*BMJ*, n.º 238.º, 1974, p. 249), onde, no domínio das relações mediatas, se afasta a possibilidade de responsabilizar a mulher do subscritor, seja por não constar do título executivo e, portanto, terceiro ao mesmo, seja por não ser de aplicar o art. 1691.º, que interferiria com o regime cambiário ao fazer responder por uma dívida cambiária um terceiro que não é sujeito da relação jurídica controvertida. A mulher só seria responsável no domínio da relação jurídica subjacente, mas não cabe aferir isso no âmbito das relações mediatas. Por isso, entendeu o tribunal que a mulher não era parte legítima na acção nem responsável pela dívida cambiária.

comuns, cabendo ao cônjuge do executado, se o entender, embargar de terceiro, e aí sim discutir a comercialidade substancial da dívida. Não faz sentido exigir uma acção declarativa intentada unicamente contra o devedor, quando já tem título executivo contra ele, para o convencer da natureza comercial da dívida⁸⁵², nem entender que é o credor que tem o ónus da prova em embargos de terceiro opostos pelo cônjuge do executado⁸⁵³, ou até exigir uma declaração no título de crédito da natureza mercantil da relação subjacente⁸⁵⁴, que poderá não existir, e, aliás, nada prova, pois a indicação da proveniência da letra é inoponível, nas relações mediatas, e na acção executiva só releva o que consta do título executivo.

Contudo, pode considerar-se injusta a solução de fazer recair sobre o cônjuge do obrigado, cônjuge que é um terceiro em relação ao acto que originou a dívida, o ónus da prova. Esta injustiça pode ser mais evidente quando o problema se põe no domínio das relações imediatas, ou seja, quando o portador da letra é também sujeito da relação fundamental ou subjacente. Neste caso é chocante que o ónus recaia sobre o cônjuge e não sobre o credor que foi parte no acto e a quem a prova será mais fácil⁸⁵⁵. “É todavia muito fácil de ver que o peso dessa “injustiça” é essencialmente teórico e imaginário, pois a intimidade conjugal constitui ainda geralmente, como se sabe, a melhor fonte de informação da vida dos nossos dias”⁸⁵⁶.

É evidente que a solução do Assento apresentava alguns inconvenientes do ponto de vista da facilidade de circulação dos títulos de crédito. Por isso, frequentemente os interessados exigiam a assinatura de ambos os cônjuges como obrigados cambiários⁸⁵⁷.

A situação, relativamente às dívidas comerciais, veio entretanto a revestir novos aspectos, quer por virtude da alteração introduzida na redacção do art. 10.º do Cód. Comercial, quer por força de alterações ao Cód. Civil (eliminação da moratória forçada do art. 1696.º, n.º 1).

Com o Dec.-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, alterou-se, significativamente, o regime previsto no art. 1696.º (aboliu-se a moratória do n.º 1 e revogou-se o seu n.º 3), deixando de haver a distinção entre as dívidas que davam lugar à moratória e aquelas

⁸⁵² Posição defendida por Nogueira Serens, *loc. cit.*, p. 71.

⁸⁵³ Como entendia Vaz Serra, “Anotação ao ac. do STJ, de 5 de Fevereiro de 1980”, *loc. cit.*, p. 192.

⁸⁵⁴ A. Lopes Cardoso, “Da responsabilidade dos cônjuges...”, *ob. e loc. cit.*, pp. 201-203.

⁸⁵⁵ Seguimos aqui o entendimento de V. G. Lobo Xavier, “O art. 10.º do Código Comercial...”, *loc. cit.*, p. 88.

⁸⁵⁶ Pinto Furtado, “Dívidas comerciais...”, *loc. cit.*, p. 41.

⁸⁵⁷ V., numa análise das reais implicações da doutrina adoptada pelo Assento n.º 4/78, que acolheu a tese segundo a qual com o direito cartular também se transfere o direito correspondente à obrigação subjacente, V. G. Lobo Xavier, “O art. 10.º do Código Comercial...”, *loc. cit.*, pp. 97-102.

que permitiam a imediata execução dos bens comuns, logo que se verificasse a falta ou insuficiência dos bens próprios do cônjuge devedor. Agora todas as dívidas da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges podem levar à penhora (subsidiária) dos bens comuns, sem esperar pela dissolução, anulação ou declaração de nulidade do casamento ou pela separação judicial de pessoas e bens ou só de bens⁸⁵⁸.

O regime anterior, fazendo prevalecer o interesse da família sobre o do credor, era, no mínimo, injusto. O credor que estivesse sujeito ao regime-regra da moratória e que não conseguisse fazer-se pagar pelos bens próprios do cônjuge devedor, tinha de esperar por tempo indefinido o pagamento, por muito avultado que fosse o património comum dos cônjuges⁸⁵⁹.

Assim, parece ser, actualmente, irrelevante toda a discussão em torno do art. 10.º do Cód. Comercial. Abolida a moratória forçada já não interessa discutir se o credor (ou os cônjuges) deverá ou não provar a comercialidade da dívida subjacente à emissão do título dado à execução. Tal discussão apenas teria cabimento no quadro da eventual aplicação da norma do art. 10.º do Cód. Comercial, norma que deverá considerar-se tacitamente revogada, nos termos do art. 7.º, n.º 2, do Cód. Civil, com a entrada em vigor do novo art. 1696.º, já que os dois textos são substancialmente incompatíveis entre si. Parece-nos claro que, suprimida a moratória que se previa na anterior versão do art. 1696.º, n.º 1, aquela disposição da lei comercial perde a sua razão de ser, deixa de fazer sentido; em suma, parece desaparecer do ordenamento jurídico, por força da mencionada revogação tácita⁸⁶⁰.

⁸⁵⁸ Cfr., entre outros, os ac. do STJ, de 22.04.1997 (*loc. cit.*); de 05.02.1998 (*loc. cit.*); e de 02.06.1998 (*loc. cit.*); da RL, de 02.10.1997 (*loc. cit.*); da RP, de 26.05.1994 (*loc. cit.*); e da RC, de 03.03.1998 (*loc. cit.*).

⁸⁵⁹ As explicações para a abolição do regime da moratória apresentadas no preâmbulo do Dec.-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, centram-se na ideia de que o regime da moratória era injustificado. A contribuir para a extinção do mesmo terão estado razões de ordem prática como o fácil acesso ao crédito e o consequente endividamento dos particulares que conduziu ao aumento das famílias sobrecarregadas em termos financeiros e insolventes. De igual modo, razões de ordem processual terão contribuído para a abolição da moratória, já que a sua existência impedia o credor de chegar à efectiva execução do pagamento da dívida (Helena Salazar, *ob. e loc. cit.*, p. 364).

⁸⁶⁰ É também essa a posição, p. ex., do ac. da RC, de 03.03.1998 (*loc. cit.*).

Aliás, e por força do art. 27.º do Dec.-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, a nova redacção dada ao art. 1696.º, n.º 1, é de aplicação mesmo às causas pendentes à data da sua entrada em vigor. A propósito deste art. 27.º, discutiu-se a sua inconstitucionalidade, orgânica e material. O ac. do Tribunal Constitucional n.º 29/2000, de 12 de Janeiro (<http://www.tribunalconstitucional.pt>, e *Diário da República*, n.º 57, Série II, de 08.03.2000, p. 4566), entendeu que a norma em causa, por não incidir sobre matéria situada no âmbito da reserva de competência legislativa da Assembleia da República, não padece de inconstitucionalidade orgânica. Quanto à inconstitucionalidade material por violação dos arts. 18.º, n.º 3, e 67.º, n.ºs 1 e 2, al. a), da CRP, tem havido decisões opostas quer do STJ quer do Tribunal Constitucional. Este último no referido ac. de 12.01.2000 (*loc. cit.*), considera não ser a norma inconstitucional (pressupondo a realização de nova citação do cônjuge do executado, facultando-lhe a oportunidade para se defender da penhora de bem comum do casal), já que não afecta direitos ou expectativas

5. Breves considerações

Da breve análise histórica verificamos que progressivamente as questões de ordem patrimonial, em especial relativas às dívidas do casal, que se colocavam entre os cônjuges passaram a merecer uma regulamentação legal, essencialmente, para protecção de terceiros que com os cônjuges contratavam. De facto, carecendo a mulher, p. ex., de realizar algumas despesas para sustento do lar, deveria o credor estar protegido, no sentido de, além de com ela poder contratar, poder responsabilizar o marido, chefe da família, pela dívida. Com a independência e igualdade entre os cônjuges havia que regular outras dívidas, quer a nível pessoal quer a nível patrimonial.

De facto, a evolução histórica traduz a alteração de mentalidade face aos cônjuges e face às suas relações patrimoniais. Um diferente regime da responsabilidade por dívidas para uma diferente época histórica.

fundadas da parte. Com efeito, aí se escreve que, com a nova citação do cônjuge do executado, ficam salvaguardados os seus direitos, por forma a que a suposta retroactividade do art. 27.º não afecta, de forma inadmissível e arbitrária, os seus direitos ou expectativas legitimamente fundados. No mesmo sentido, já se havia pronunciado o ac. do Tribunal Constitucional n.º 508/99, de 21 de Setembro (<http://www.tribunalconstitucional.pt>). Este último refere que, se ao cônjuge do executado for dada a possibilidade de requerer a separação de bens, nos termos do n.º 1 do art. 825.º do Cód. de Processo Civil, “não é possível afirmar que a sua situação seja prejudicada de forma constitucionalmente insuportável, ainda que o bem penhorado seja a casa de morada da família. Há regras próprias para a sua tutela, no direito ordinário; e uma forma de a proteger pode, exactamente, ser a via da partilha alcançada pela separação de bens, subtraindo-a, assim, à acção dos credores”.

Por outro lado, o ac. do STJ, de 05.02.1998 (*loc. cit.*), considera a norma em causa como inconstitucional, por atribuir efeito retroactivo a uma lei restritiva de um direito social. Também o ac. do Tribunal Constitucional n.º 559/98, de 27 de Outubro (<http://www.tribunalconstitucional.pt>), se pronunciou pela inconstitucionalidade (ainda que neste acórdão o que estava em causa era a norma decorrente da conjugação entre o art. 27.º do Dec.-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, e a nova redacção dada ao n.º 1 do art. 1696.º, obrigando a questionar a constitucionalidade do (novo) regime substantivo, e não apenas a questão da sua aplicação às causas pendentes, objecto de análise dos dois acórdãos do Tribunal Constitucional referidos). É a ausência de meios de defesa (a perda da oportunidade para requerer a separação de bens, nos termos do art. 825.º do Cód. de Processo Civil) que determina a inconstitucionalidade proferida pelo Tribunal Constitucional. Impossibilitado o cônjuge do executado de defender a posse do bem comum, que foi penhorado mas cuja penhora estava sujeita a moratória, a aplicação retroactiva do fim deste instituto aos processos pendentes ofendia o princípio da confiança previsto no art. 2.º do CRP. Pela mesma razão, o ac. do Tribunal Constitucional n.º 508/99, de 21 de Setembro (*loc. cit.*) defendeu a constitucionalidade pelo reconhecimento de que, no caso, ainda haveria lugar à citação do cônjuge do executado para requerer a separação de bens, defendendo o bem comum em causa.

O ac. do STJ, de 21.11.2002 (*Col. Jurisp. (STJ)*, tomo III, 2002, p. 144), e estando em causa a penhora da casa de morada da família, considerou inconstitucional o referido art. 27.º quando a situação concreta se reporte a momento anterior à entrada em vigor e redunde na penhora de um bem comum do casal que seja a casa de morada da família. É a ausência de meios de defesa (a perda da oportunidade para requerer a separação de bens, nos termos do art. 825.º do Cód. de Processo Civil) que determina a inconstitucionalidade referida.

Numa altura em que a independência económica e financeira caracteriza as relações patrimoniais entre os cônjuges (pense-se na liberdade quanto à abertura de contas bancárias, quanto à disposição dos ganhos e salários de cada um...) dificilmente se encontra justificação para um regime da responsabilidade por dívidas entre os cônjuges, no qual por uma dívida contraída por um respondam, com excepção à regra geral, ambos os cônjuges solidariamente (art. 1695.º, n.º 1) ou até conjuntamente (art. 1695.º, n.º 2). Salvaguardamos, como vimos, as dívidas relativas ao suprimento das necessidades e encargos da vida familiar, pelas quais, e em qualquer regime de bens, deverão responder ambos os cônjuges solidariamente. A razão está no facto de estas dívidas serem fundamentais e necessárias para o decurso normal da vida em comum. A responsabilidade limitada ao património próprio do cônjuge que contraiu a dívida (e aos bens comuns nos regimes de comunhão) pode implicar um benefício injustificado para o outro cônjuge (que poderá ser sempre o mesmo) que, beneficiando da contracção da dívida (e, repete-se, necessária ao decurso normal da comunhão de vida, pautada pelo padrão normal da vida familiar em causa)⁸⁶¹ nunca seria responsável pela mesma. Pense-se, p. ex., um casal em que um dos cônjuges contrai habitualmente as dívidas necessárias ao sustento do lar (compras relativas à alimentação do casal e dos filhos, pagamento da electricidade, da água, gás, etc.). O outro cônjuge, contribuindo de acordo com as suas possibilidades para algumas despesas domésticas (cumprindo, assim, o dever de contribuição), beneficia largamente daquelas dívidas contraídas pelo seu cônjuge, poupando, por seu lado, a maior parte dos seus rendimentos. Ainda que nos regimes de comunhão estes rendimentos sejam comuns e, por isso, respondem também pelas dívidas como património comum, no regime de separação a desigualdade de tratamento entre os cônjuges é mais acentuada. De facto, o cônjuge que poupou os seus rendimentos não será responsável perante o credor pelo pagamento da dívida, necessária para o decurso da vida normal e da qual beneficiou. Por isso, entendemos que por estas dívidas respondem, mesmo no regime de separação (ao contrário do actualmente previsto no art. 1695.º, n.º 2), ambos os cônjuges solidariamente.

Mesmo que o regime da responsabilidade por dívidas seja regulado independentemente do regime de bens (e, por isso, independentemente de uma eventual

⁸⁶¹ É efectivamente isto que distingue estas das outras dívidas pelas quais o outro cônjuge também pode obter algum proveito. Não é o proveito comum que deve implicar a responsabilidade comum e solidária pela dívida mas a natureza da mesma, ou seja, visarem a satisfação das necessidades da vida familiar (ordinárias ou, mesmo extraordinárias, desde que urgentes ou necessárias). É a própria comunhão de vida e os deveres decorrentes do casamento que exigem isso.

alteração do regime supletivo para um de base separatista), o regime da responsabilidade patrimonial previsto para a separação de bens deveria valer para os regimes de comunhão. Ou seja, e com a excepção das dívidas relativas aos encargos normais da vida familiar, pelas quais valeria a solidariedade (em qualquer regime), a dívida deveria responsabilizar, por aplicação da regra geral, o cônjuge que a contrai. Vigorando um dos regimes de comunhão, responsabilizaria, em primeiro lugar, mesmo antes do património do cônjuge devedor, o património comum (e aqui estaria a especificidade face ao regime geral), ainda que o credor não precise de excutir este para executar também aquele (cabendo ao devedor provar a existência de outros bens comuns). Um cônjuge não deveria ser responsável por uma dívida contraída pelo outro. Ou seja, o património próprio de um dos cônjuges não deveria responder por uma dívida contraída pelo outro cônjuge. Nem mesmo a solidariedade patrimonial existente nos regimes de comunhão (que apenas justifica a responsabilidade do património comum), implica tal solução. Em todo o caso, e tratando-se de dívidas comuns, porque se entende que o são porque ambos os cônjuges beneficiaram da sua contracção, a eventual responsabilidade pessoal do cônjuge não devedor pelas mesmas deveria ser de acordo com a regra geral (responsabilidade conjunta) e não solidária.

Por tudo isto entendemos ser de alterar o actual regime da responsabilidade por dívidas por um mais simples que corresponda à autonomia pessoal e patrimonial entre os cônjuges.

Resultante do dever pessoal de contribuição para os encargos da vida familiar, originado no casamento (arts. 1675.º e 1676.º), deveria estipular-se uma responsabilidade solidária, em qualquer regime de bens, pelas dívidas contraídas para a satisfação dos encargos normais da vida familiar.

De igual modo, seriam comuns, embora conjunta ou solidariamente, consoante o modo como os cônjuges se obrigaram, as dívidas contraídas por ambos os cônjuges (desde que se verifique a participação de ambos na contracção da dívida ou a adesão de um à dívida contraída pelo outro – art. 1691.º, n.º 1, al. a)), bem como as dívidas contraídas pelo cônjuge administrador em proveito comum do casal (art. 1691.º, n.º 1, al. c) – não obstante poder implicar um endividamento do cônjuge administrador que responsabiliza também o outro cônjuge, este e o património comum só respondem no caso de haver proveito comum)⁸⁶². Seria ainda de manter a solução prevista no art.

⁸⁶² Sobretudo no regime de separação de bens, o cônjuge administrador pode administrar e dispor livremente (salvo algumas excepções), responsabilizando o outro cônjuge. Contudo, não podemos esquecer que tal só ocorre se não exceder os limites dos seus

1691.º, n.º 2, quanto ao regime da comunhão geral, e no art. 1693.º, com as particularidades que referimos.

No caso de dívida que onere bens comuns ou próprios, deveria pela mesma responder o bem onerado (fosse próprio ou comum) e o património próprio do cônjuge que contraiu a dívida. Alargar a responsabilidade, no caso de o bem onerado ser comum, aos restantes bens comuns, ainda que favoreça a posição do credor (que além do bem que constitui a sua garantia de pagamento pode obter o mesmo pelos restantes bens comuns), parece-nos um sacrifício demasiado penoso para o património comum e para o outro cônjuge. Além disso, não encontramos qualquer outra justificação para essa responsabilidade que não a protecção do credor. Ora, não nos parece que este deva ser beneficiado pelo facto de o seu devedor ser casado.

Pelas restantes dívidas contraídas por qualquer um dos cônjuges responderia o património próprio do cônjuge que a contraiu, em moldes idênticos aos regulados no art. 1696.º. Salvuardamos, porém, o caso dos bens administrados pelo outro cônjuge, dado que as regras da administração dos bens não devem ser afectadas pela possibilidade de um cônjuge poder contrair dívidas livremente. Ou seja, se apenas um dos cônjuges administra o bem e, portanto, só ele pode dele dispor, ou mesmo se um administra e carece do consentimento do outro para dispor, não faz sentido que, mediante a contracção de dívidas, o cônjuge que não administra ou que, por si só, não pode dispor, possa onerar o bem com dívidas. Assim, pelas dívidas contraídas por qualquer um dos cônjuges deverão responder todos os bens do cônjuge que a contraiu (nos termos gerais)⁸⁶³, os bens comuns previstos no n.º 2 do art. 1696.º e, finalmente, a sua meação nos bens comuns.

Como já abordámos a propósito do regime processual, para o qual remetemos, pode colocar-se o problema da compatibilidade do regime substantivo com o regime processual. Ou seja, e estando em causa um título executivo não judicial contra um só dos cônjuges, admitir-se-iam duas soluções para resolver o problema da discussão da comunicabilidade da dívida do ponto de vista substantivo. Assim, ou se admite um

poderes administrativos e se a contracção da dívida for em proveito comum do casal. O que significa que se realizar um acto para o qual carece do consentimento do seu cônjuge, ainda que em proveito comum, a dívida será própria do cônjuge que contraiu a dívida.

Em todo o caso, e simplificando o regime da responsabilidade por dívidas, melhor seria considerar as dívidas contraídas por cada um dos cônjuges, administrador ou não, como próprias de quem as contrai. Se contraídas em proveito comum poderiam considerar-se comuns como encargos normais da vida familiar (entendendo estes em sentido amplo e não apenas as pequenas despesas diárias).

⁸⁶³ Com excepção dos bens próprios que sejam administrados pelo outro cônjuge, para articulação das regras do regime da responsabilidade por dívidas com as regras da administração e disposição dos bens do casal.

incidente declarativo enxertado na acção executiva, com todas as garantias processuais, para discussão da comunicabilidade da dívida apresentada a execução movida contra um só dos cônjuges (implicando uma alteração do art. 825.º do Cód. de Processo Civil); ou se remete essa discussão para as relações internas entre os cônjuges, permitindo sempre uma penhora sobre os bens comuns na totalidade (como faz o art. 1413.º do Cód. Civil francês), e diferindo a questão da comunicabilidade para efeitos de compensações no momento da liquidação e partilha do regime de comunhão.

Alteração deve também sofrer o regime das dívidas comerciais, em especial, o privilégio concedido pelo art. 1691.º, n.º 1, al. d), em ligação com o art. 15.º do Cód. Comercial, como oportunamente referimos e justificámos.

A não ir tão longe, deveria, pelo menos, eliminar-se a responsabilidade solidária, nos regimes de comunhão, prevista no art. 1695.º, n.º 1, para todas as dívidas comuns. Assim, pelas dívidas consideradas comuns deveria responder o património comum e subsidiariamente o património próprio dos cônjuges. Porém, e em primeiro lugar, essa responsabilidade dos patrimónios próprios seria conjunta (e não solidária, salvo as dívidas relativas aos encargos normais da vida familiar). Por outro lado, a conjunção não pode afastar a responsabilidade integral do cônjuge que contrai a dívida. Ou seja, a solidariedade manter-se-ia não entre os patrimónios próprios dos cônjuges, mas entre o património comum e o património próprio do cônjuge devedor. A responsabilidade conjunta seria apenas do cônjuge não devedor, no caso de dívida contraída apenas por um dos cônjuges. Se contraída pelos dois, a responsabilidade deveria ser conjunta, como regra, ou solidária, se assim os cônjuges se obrigaram.

O mesmo valeria para o regime de separação de bens, com a diferença de não existir património comum e, por isso, responder o património próprio dos cônjuges. Assim, o cônjuge que contraiu a dívida responderá integralmente pela mesma, nos termos gerais. O outro cônjuge responderá na medida da metade da dívida e não mais que isso.

Todavia, só conseguiremos assumir fundadamente uma determinada posição quanto ao regime da responsabilidade por dívidas se o articularmos com os restantes regimes reguladores das relações patrimoniais entre os cônjuges. Com efeito, o actual regime deve justificar-se por uma dada regulamentação do activo patrimonial. Veremos, porém, que há frequentes desarticulações entre a regulamentação do passivo e a da administração e disposição do activo, que nos levam também a questionar a correcção do actual regime da responsabilidade por dívidas dos cônjuges.

III. Da articulação do regime da responsabilidade por dívidas dos cônjuges com o regime da administração e disposição dos bens do casal

1. O regime de administração dos bens do casal e os poderes do cônjuge administrador (arts. 1678.º e segs.)

A regulamentação do passivo no âmbito dos efeitos patrimoniais do casamento deve encontrar o seu paralelo, e a sua razão de ser, na organização do activo e no regime de administração e disposição dos bens. Só existindo certas regras de administração e poder de disposição de certos bens se justifica a responsabilidade desses mesmos bens no pagamento de certas dívidas⁸⁶⁴. Numa altura em que o marido era o único administrador dos bens do casal, não podia justificar-se que a mulher pudesse contrair quaisquer dívidas ou por elas responsabilizar o património comum ou o património do marido (não podendo administrar os bens não teria sentido obrigá-los por dívidas); e, por outro lado, justificava-se que as dívidas contraídas pelo marido responsabilizassem todos os bens do casal. Com o princípio da igualdade jurídica entre os cônjuges e a repartição dos poderes de administração (e de disposição, daqueles dependentes) por ambos os cônjuges, o regime da responsabilidade por dívidas adaptou-se para poder articular-se com tais poderes. De facto, com uma nova disposição dos poderes dos cônjuges era necessária uma nova regulação da administração dos bens do casal e, em consequência, da responsabilidade por dívidas do casal. As relações patrimoniais com terceiros não podem deixar de coincidir com as relações patrimoniais entre os cônjuges, assentes no princípio da igualdade⁸⁶⁵.

É esta aparente (des)articulação que pretendemos analisar ao abordar o regime de administração e disposição dos bens do casal e a sua ligação com o regime da responsabilidade por dívidas. Convém, contudo, e previamente, fazer uma breve abordagem do regime da administração e disposição dos bens do casal. Só sabendo

⁸⁶⁴ A doutrina francesa refere sempre o paralelo entre o activo e o passivo para justificar a responsabilidade de determinados bens por certas dívidas. E isto acompanhando as evoluções legislativas.

⁸⁶⁵ De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia...*, cit., p. 515. Relações patrimoniais essas que, por seu lado, resultam da regulação das relações pessoais entre os cônjuges, resultando o art. 180.º do Cód. Civil italiano do modo como a direcção da família é atribuída a ambos os cônjuges, nos termos do art. 144.º do mesmo código. Do mesmo modo, o art. 1678.º do nosso Cód. Civil resulta da atribuição dos poderes aos cônjuges de acordo com o disposto no art. 1671.º. Aliás, também a falta de acordo na administração conjunta é resolvida por recurso ao tribunal (art. 1684.º do nosso Cód. Civil e art. 181.º do Cód. Civil italiano) como a falta de acordo quanto à direcção da família (art. 145.º do Cód. Civil italiano) ou outros assuntos relativos aos efeitos pessoais do casamento (arts. 1673, n.º 3, 1675.º, n.º 3, e 1676.º, n.º 3, do nosso Cód. Civil) - De Paola/Macri, *ob. cit.*, pp. 150 e 151.

como se regula tal regime poderemos articulá-lo com o regime da responsabilidade por dívidas do casal e com as alterações neste verificadas. Apesar de a titularidade dos bens e a sua administração não influir na regulamentação do regime da responsabilidade por dívidas, o regime da administração e disposição dos bens tem alguma influência na forma como, p. ex., os arts. 1691.º, n.º 1, als. c) e e), e n.º 2, 1693.º, 1694.º e 1696.º, n.º 2, regulam as dívidas em causa, sem esquecer a regulamentação geral que pode “chocar” com o regime de administração e disposição dos bens do casal, nomeadamente, o facto de ambos os cônjuges poderem contrair dívidas livremente (art. 1690.º), onerando mesmo aqueles bens de que não têm a administração ou livre disposição. De facto, tal como anteriormente se entendia que a mulher, dado que não tinha capacidade para administrar os bens, não tinha legitimidade para contrair dívidas em relação aos bens que não administrasse, deveria funcionar o mesmo em relação a ambos os cônjuges. Ora, o que pode acontecer é o cônjuge não poder dispor livremente de um bem, mas acaba por onerá-lo ou aliená-lo por força do regime da responsabilidade por dívidas. Daí a necessidade da análise do referido regime de administração e disposição dos bens do casal, da identificação das eventuais desarticulações e a sua possível justificação ou necessidade de alteração.

O problema da administração dos bens do casal não se colocaria (e o dono dos bens administraria aquilo que lhe pertencia) se, por um lado, não estivessemos a falar de bens comuns, dotados de uma natureza jurídica específica e, por outro lado, mesmo que os bens sejam próprios de um ou outro dos cônjuges a comunhão de vida em que vivem exige também regras específicas que permitam que um dos cônjuges possa administrar bens do outro ou bens comuns. De facto, a comunhão de vida, de interesses e de bens impõe uma comunhão de administração, espontânea ou imposta, afastando-se das regras gerais do Direito comum.

1.1 O regime de administração dos bens do casal à luz do direito anterior

Como se sabe, a posição jurídica do marido e da mulher na sociedade conjugal tem variado ao longo dos tempos. Durante muito tempo o marido gozou de uma posição de superioridade em relação à mulher e aos filhos. Desde o direito romano, como referimos, a mulher ocupava uma posição de inferioridade social a que correspondia juridicamente uma situação de incapacidade. Ainda que a igualdade social e jurídica dos

sexos encontre as suas raízes no pensamento iluminista do século XVIII, só a partir de meados do século XX se assiste a uma progressiva reacção contra a incapacidade da mulher casada. Baseando-se a incapacidade na falta de qualidades psíquicas de entendimento ou do poder de auto-determinação necessários para o indivíduo reger a sua pessoa e os seus bens, não fazia sentido considerar, pelo simples facto do casamento, a mulher incapaz. Assiste-se, assim, à abolição da incapacidade da mulher casada, ainda que se mantenha na sociedade conjugal a diferenciação de funções. Por isso se atribuiu à mulher o governo doméstico (o poder das chaves, como já o dissemos), enquanto que cabia ao marido a chefia da sociedade conjugal, por força da qual lhe incumbia assegurar o sustento da mulher e dos filhos, o poder de decisão nos assuntos de interesse comum e a administração dos bens do casal⁸⁶⁶. Este poder de decisão e de administração assentava na intenção de manter a autonomia do casal e de evitar a devassa da intimidade da família, sujeitando à apreciação do tribunal as questões em que os cônjuges não estivessem de acordo. Estando o poder de decisão concentrado nas mãos de um só cônjuge (o marido) não haveria, superficialmente, desacordo.

Depois da segunda guerra mundial operou-se uma profunda alteração na estrutura diferenciada da sociedade conjugal, com a emancipação económica da mulher, o seu trabalho fora do lar, a desagregação da família, etc. Eliminou-se a ideia da chefia da sociedade conjugal pelo marido e, em paralelo, a atribuição do governo doméstico à mulher.

O direito português acompanhou esta evolução. O Cód. Civil de 1867 seguia o modelo patriarcal, estipulando o art. 1185.º a obrigação da mulher prestar obediência ao marido, e traduzindo a ideia de incapacidade geral da mulher casada. Como sabemos, a mulher não podia, sem autorização do marido, adquirir ou alienar bens, nem contrair obrigações, excepto nos casos em que a lei especialmente o permitia (art. 1193.º)⁸⁶⁷.

Também o Cód. Civil francês de 1804 assentava na incapacidade jurídica da mulher casada e na sua subordinação ao poder do marido. Mesmo anteriormente, a posição de superioridade resultava dos vários costumes, aparecendo o marido como administrador

⁸⁶⁶ Antunes Varela, *ob. cit.*, p. 329.

⁸⁶⁷ É de referir a alteração introduzida pelo art. 39.º do Dec. n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910, que concedeu à mulher legitimidade para a prática de actos jurídicos relativos ao governo doméstico, sem a autorização do marido. Além disso, sendo comuns as dívidas contraídas pela mulher em proveito comum dos cônjuges, a lei concedia-lhe implicitamente autorização para a prática de actos de administração de que tais dívidas provinham, nomeadamente, sendo ela comerciante ou exercendo uma profissão (Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, *cit.*, vol. VI, p. 440).

dos bens comuns e dos próprios dos cônjuges, não controlando a mulher a administração do marido (salvo nos casos de fraude)⁸⁶⁸. O art. 113.º do Cód. Civil francês estipulava o dever de obediência da mulher ao marido e o dever deste de protecção da mulher. Ao marido cabia fornecer à mulher o necessário para as despesas da vida, segundo as suas faculdades e estado (art. 214.º do Cód. Civil francês). A mulher, mesmo no regime de separação, não podia estar em juízo (art. 215.º do Cód. Civil francês), nem doar, alienar, hipotecar, adquirir a título gratuito ou oneroso (art. 217.º do Cód. Civil francês) sem o consentimento do marido. Porém, a mulher comerciante podia, sem autorização do marido, obrigar-se pelo que dizia respeito ao seu comércio (obrigando também, nos regimes de comunhão, o marido por tais dívidas - art. 220.º do Cód. Civil francês). Pela Lei de 13 de Julho de 1907, a mulher passou a administrar os bens (ainda que comuns) por si adquiridos no exercício de uma profissão independente da do marido. Ulteriormente, em 1938, este poder marital e a incapacidade da mulher foram substituídos pela ideia do marido como chefe da família (art. 213.º do Cód. Civil francês) e da capacidade da mulher (art. 215.º do Cód. Civil francês), desaparecendo os preceitos que regulavam aquela incapacidade. O marido continuou, contudo, nos regimes de comunhão, a administrar os bens comuns e os próprios de qualquer dos cônjuges. E o mesmo se diga com a alteração de 1942, que apenas reconheceu o papel de chefe da família ao marido no interesse da vida familiar. Porém, no regime de separação, a mulher passou a ter poderes de disposição de todos os seus bens próprios (art. 1536.º do Cód. Civil francês). Só em 1965 a igualdade dos cônjuges foi alcançada com a abolição do estatuto de chefe da família do marido. Cada um dos cônjuges passou a administrar e a dispor dos seus bens próprios, não obstante o marido permanecer como o administrador dos bens comuns, podendo, por isso, dispor dos mesmos e obrigá-los por dívidas. Deixou, porém, de ser um administrador irresponsável (arts. 220.º-1 e 1426.º do então Cód. Civil francês) e passa a necessitar do consentimento da mulher para certas operações (ainda que, em caso de recusa desta, pudesse obter o suprimento judicial, nos termos do art. 217.º, se a mesma não fosse justificada pelo interesse da família - o que não seria difícil dado que a iniciativa para a disposição pertencia ao marido que era o administrador dos bens do casal)⁸⁶⁹.

⁸⁶⁸ A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., pp. 11 e 12.

⁸⁶⁹ Também no direito belga o marido tinha poderes exclusivos sobre a administração dos bens comuns (art. 1421.º do Cód. Civil belga anterior), tendo também a administração além dos seus bens próprios, dos bens próprios da mulher (art. 1428.º do Cód. Civil belga anterior). Tinha, porém, em alguns casos, a mulher poderes de administração (como no caso de ausência do marido) e noutros participava ao lado do marido (doações de imóveis ou de móveis a título universal e a título particular com reserva de

Paralelamente também era o marido que podia contrair dívidas, respondendo por elas os seus bens próprios e os bens comuns, salvo as dívidas relativas ao governo doméstico, que podiam ser contraídas pela mulher, e que, desde 1965, responsabilizavam o património comum e solidariamente os cônjuges.

O mesmo acontecia no direito italiano, onde, anteriormente à Reforma de 1975, e no regime de comunhão, o marido detinha o poder de administração dos bens comuns, ainda que só pudesse alienar os bens a título oneroso (art. 220.º do então Cód. Civil italiano). Carecia, contudo, do consentimento da mulher para dispor dos bens comuns a título gratuito ou para constituir hipoteca sobre os mesmos. Por outro lado, nos termos do art. 222.º do então Cód. Civil italiano, a mulher estava autorizada temporariamente a administrar os bens comuns, em caso de ausência ou outro impedimento do marido, e quando tal correspondesse ao interesse da comunhão. Podia também, nas mesmas circunstâncias, e em caso de necessidade ou utilidade evidentes, dispor dos referidos bens, com controlo judicial.

Por outro lado, o marido, como administrador dos bens comuns, não era totalmente irresponsável no direito italiano. De facto, e ainda que a tradição resultante de França fosse a da irresponsabilidade, entendia-se que o marido era um normal administrador e, por isso, prestava contas da sua administração dos bens comuns, além de a mulher dispor da separação judicial de bens como meio de reacção contra a má administração⁸⁷⁰. Paralelamente, apenas o marido respondia, além das suas dívidas próprias, pelas dívidas da comunhão.

Só na Reforma de 1981, o direito espanhol abandonou o sistema unidireccional de administração e disposição dos bens do casal. O marido detinha o poder de administrar e dispor dos bens comuns de forma exclusiva, ainda que, e desde a Lei de 24 de Abril de 1958, o então art. 1413.º do Cód. Civil espanhol exigisse o consentimento da mulher, ou o seu suprimento judicial, para actos de disposição de imóveis ou estabelecimentos mercantis comuns, sob pena de ineficácia do acto. Como administrador dos bens do casal, pelas dívidas contraídas pelo marido respondiam os bens comuns e os seus próprios bens⁸⁷¹. A mulher, por seu lado, não tinha poderes de administração ou

usufruto e todas as consideradas excessivas – art. 1422.º do Cód. Civil belga anterior), além dos que lhe eram atribuídos no exercício do mandato doméstico ou por mandato do marido. V., Jean Renauld, *ob. cit.*, pp. 392-412 e pp. 458-483.

⁸⁷⁰ Roberto de Ruggiero, *Istituzioni di Diritto Civile...*, *cit.*, p. 160 (assentando o carácter da irresponsabilidade do marido), e Guido Tedeschi, *ob. cit.*, p. 728.

⁸⁷¹ Para uma análise do art. 1413.º do antigo Cód. Civil espanhol e dos poderes de administração e disposição do marido, v., A. Rodríguez Adrados, “Disposición onerosa de inmuebles gananciales”, *Revista de Derecho Notarial*, ano VI, n.º XXI-XXII, 1958,

disposição dos bens comuns e a administração só lhe era atribuída em caso de incapacidade física ou jurídica do marido. Exercia, porém, a administração dos seus bens próprios e detinha o “poder das chaves”. Por isso, também não podia obrigar-se e contrair dívidas, salvo no exercício do poder doméstico. Em todo o caso, e à luz do *Código de Comercio* de 1885, a mulher que obtivesse o consentimento do marido para o exercício do comércio podia alienar e hipotecar os bens comuns e os seus bens próprios, ao contrário das restantes mulheres casadas (art. 10.º). Caso exercesse o comércio sem a autorização do marido podia, nos termos do então art. 12.º do *Código do Comercio*, alienar e hipotecar os seus bens próprios e ainda os bens comuns que tivesse adquirido com os proveitos do seu comércio. Com a alteração do Cód. Civil em 1958, que sujeitou o poder de disposição do marido de bens imóveis ou estabelecimentos mercantis ao consentimento da mulher, este regime da mulher comerciante foi afectado (o art. 10.º do *Código do Comercio* conferia poderes mais amplos à mulher, não a sujeitando ao consentimento do marido, do que o art. 1413.º do Cód. Civil espanhol conferia ao marido, sujeito ao consentimento da mulher). Com a Reforma de 1975 a mulher só podia dispor dos bens comuns adquiridos com os proveitos do seu comércio, já que o Cód. Civil impedia-a de dispor de quaisquer outros bens comuns. A Reforma de 1981 impôs o mesmo regime para ambos os cônjuges.

O poder marital era também referido no § 1354.º do BGB, entretanto, abolido pela lei da igualdade de direitos (*Gleichberechtigungsgesetz*) de 1957, promulgada por força do regime constitucional que proclamou o princípio da igualdade de direitos do homem e da mulher (§ 3.º da Constituição da República Federal Alemã de 1949). Porém, e mesmo depois da Reforma de 1958, continuou a atribuir-se à mulher o governo doméstico (*Schlüsselgewalt*) (§ 1356.º do BGB). Até 1953, vigorando o regime supletivo de administração e uso (*Verwaltungsgemeinschaft*), o marido administrava os bens próprios da mulher, incluindo os adquiridos durante o casamento, com excepção dos bens reservados daquela (§§ 1365.º e 1366.º do BGB na redacção da altura). Não tinha, porém, poderes de disposição dos bens adquiridos pela mulher (§ 1375.º do BGB), salvo se se tratasse de dinheiro e coisas consumíveis, se se tratasse de compensar

pp. 171-228. J. Martínez Gijón, “El régimen económico del matrimonio y el proceso de redacción de los textos de la familia del Fuero de Cuenca”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo XXIX, 1959, pp. 85 e 86, refere que eram poucas as normas relativas à administração dos bens do casal nos foros. Possivelmente a administração da comunhão cabia ao marido, dado que também as dívidas contraídas pelo marido eram comuns. Os actos de disposição de bens imóveis careciam, porém, de acordo com os foros de Molina e de Sepúlveda, da actuação conjunta de ambos os cônjuges. Também não podia o marido vender os bens próprios da mulher ainda que possivelmente administrados por ele.

os créditos da mulher contra dívidas a pagar com os bens levados para o casamento (*eingebachte Güter*), de pagar dívidas da mulher consistentes na entrega de um bem levado para o casamento (evitando a execução forçada), ou de dispor das partes componentes (recheio) de um bem (“*Inventar eines Gutes*”) dentro dos limites de uma administração ordenada ou ainda se obtivesse suprimento judicial (no caso de falta injustificada de tal consentimento ou impedimento da mulher em prestá-lo por doença ou ausência) (§§ 1376.º a 1379.º do BGB)⁸⁷². A mulher não tinha, por seu lado, poderes de disposição dos seus bens (salvo os bens reservados), carecendo da mediação do marido (§ 1395.º do BGB). Caso ela praticasse um acto sem tal autorização do marido, o negócio era ineficaz, podendo haver ratificação do marido, tratando-se de contrato (§§ 1397.º e 1398.º do BGB). Podia apenas, sem o consentimento do marido, realizar os actos previstos nos §§ 1406.º e 1407.º do BGB, bem como os negócios relativos ao exercício de uma actividade autorizada pelo marido (§ 1405.º do BGB).

Em consequência, pelas dívidas contraídas pelo marido não respondiam os bens reservados da mulher. Por outro lado, o marido era responsável pelas dívidas da mulher (§§ 1385.º e 1386.º do BGB). No regime convencional de comunhão, a administração cabia ao marido (§ 1443.º do BGB), não tendo a mulher, em princípio, poderes de administração (com as excepções previstas nos §§ 1449.º a 1454.º do BGB). Por isso também a mulher não ficava obrigada pelos actos de administração do marido. Carecia, porém, o marido, em certos casos, do consentimento da mulher (§§ 1444.º, 1445.º e 1446.º do BGB).

Depois de 1 de Abril de 1953 passou a vigorar o regime de separação de bens, até 1 de Julho de 1958, altura em que foi instituído como regime supletivo o de comunhão nos ganhos ou participação nos adquiridos (*Zugewinnngemeinschaft*). Neste regime cada cônjuge administra o seu património (§ 1364.º do BGB), ou seja, cada um dos cônjuges pode, sem o outro, usar e dispor dos seus bens, contrair obrigações pelas quais respondem tais bens e estar em juízo em nome próprio. Para assegurar bens necessários à manutenção da família, nenhum dos cônjuges pode dispor do conjunto do seu património ou dos objectos da casa sem o consentimento do outro (§§ 1365.º e 1369.º ambos do BGB).

⁸⁷² V., p. ex., Planck, *ob. cit.*, pp. 118-124, H. Dernburg, *ob. cit.*, pp. 142 e 143, e Beitzke, *ob. cit.*, 1947, p. 69.

O regime da *Verwaltungsgemeinschaft* era muito semelhante ao regime sem comunhão vigente na mesma altura no direito francês (Planiol/Ripert, *Traité élémentaire...*, *cit.*, p. 7).

A matéria da administração dos bens do casal era regulada, entre nós, nos arts. 1189.º e 1117.º do Cód. de Seabra, completada pelos arts. 1104.º e 1128.º do mesmo código e outros preceitos dispersos pelos vários regimes de bens. O princípio geral sobre a administração dos bens dos cônjuges era formulado no art. 1189.º do Cód. Civil de 1867: “a administração de todos os bens do casal pertence ao marido e só pertence à mulher na falta ou no impedimento dele”. O art. 1117.º do Cód. Civil de 1867, relativo à comunhão geral de bens, acrescentava que a administração dos bens do casal, sem excepção dos próprios da mulher, pertencia ao marido.

Os poderes de administração, conferidos ao marido, abrangiam os bens comuns, os seus bens próprios e os bens próprios da mulher, incluindo os bens dotais⁸⁷³. Os poderes que a lei atribuía ao marido eram tão latos que se tornava difícil caberem no conceito vulgar de administração⁸⁷⁴.

Porém, o Cód. Civil de 1867 estabelecia excepções e limitações aos poderes de administração do marido⁸⁷⁵.

As excepções constavam dos arts. 1104.º e 1128.º do Cód. Civil de 1867. De facto, de acordo com o art. 1104.º, a mulher podia reservar para si o direito de receber, a título de alfinetes, a terça parte dos rendimentos dos seus bens e dispor dela livremente. Se a mulher tinha sobre esses rendimentos poderes de disposição, também tinha os poderes de administração. Portanto, contrariamente à regra geral, a administração da terça parte

⁸⁷³ Mesmo no regime de separação de bens, os bens próprios da mulher ficavam sujeitos à administração exclusiva do marido (arts. 1189.º e 1104.º do Cód. Civil de 1867). Por isso, o regime de separação era apenas aparentemente de separação (Pereira Coelho, *Curso...*, 1965, *cit.*, p. 319, nota. 4). A mulher tinha, porém, a administração dos bens previstos no art. 1128.º do Cód. de Seabra. Este artigo conferia poderes de alienação sobre os bens mobiliários separados da comunhão e sobre a terça parte dos rendimentos. Ora, quem pode alienar é porque pode também administrar.

À luz do art. 1449.º do Cód. Civil francês de 1804 a mulher tinha o poder de administrar os seus bens no regime de separação, mas tratava-se apenas de actos de mera administração. Quanto aos actos de disposição, ainda que pudesse dispor dos móveis, carecia sempre do consentimento do marido para alienar os bens imóveis (Planiol/Ripert, *Traité élémentaire...*, *cit.*, pp. 269-272).

⁸⁷⁴ Repare-se que, tal como o actual art. 1699.º, n.º 1, al. c), também o art. 1104.º do Cód. Civil de 1867, não permitia que na convenção antenupcial a mulher pudesse privar o marido da administração dos seus bens, sendo, portanto, tal regime de administração imperativo. Esta disposição não estava em harmonia, como refere Dias Ferreira, *ob. cit.*, p. 334, e Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, *cit.*, vol. VI, pp. 430 e 431, com a nossa tradição jurídica, que admitia que a mulher reservasse a administração dos seus bens próprios e dotais. Como escreveu Dias Ferreira, *ibidem*, “[N]ada mais natural do que permitir-se á mulher administrar pelo menos os bens proprios que ella quis separar da communhão; e é contradictorio prohibir á mulher administrar os bens, que no systema de separação ella póde alienar com ou sem auctorisação do marido – artigos 1127.º e 1128.º”. Pires de Lima, “Anteprojecto...”, *loc. cit.*, p. 15, dizia que o que ficou consagrado na al. b) do n.º 2 do art. 1678.º do Cód. Civil de 1966, contrário ao art. 1104.º do Cód. de Seabra, correspondia à nossa tradição jurídica, da qual nos afastámos por influência do art. 1240.º do projecto espanhol de 1851. A este propósito Pereira Coelho, *Curso...*, *cit.*, 1965, p. 245 e nota 1, não via razões para a mulher não poder reservar para si a administração de determinados bens ou até de todos os bens que levasse para o casamento. Sugeria mesmo que o Cód. Civil de 1996, em projecto, deveria atribuir à mulher a administração dos seus bens próprios.

⁸⁷⁵ V., Pires de Lima/Braga da Cruz, *ob. cit.*, pp. 22-32.

dos rendimentos dos bens da mulher pertencia a esta se os cônjuges assim o estipulassem. Repare-se, porém, que era a administração dos rendimentos dos bens e não dos próprios bens que produzem esses rendimentos. Por sua vez, e no domínio do regime de separação de bens, o art. 1128.º do Cód. Civil de 1867 dispunha que era aplicável à mulher, quanto aos seus bens mobiliários separados da comunhão e à terça parte dos seus rendimentos, o que no art. 1118.º do mesmo código se dispunha, em relação ao marido, quanto aos mobiliários comuns, ou seja, podia a mulher dispor deles sem o consentimento do marido. Assim, quanto aos bens indicados no art. 1128.º do Cód. Civil de 1867, podia a mulher administrá-los e dispor deles. Mas o marido continuava a administrar as outras duas terças partes dos rendimentos, os bens imobiliários e os capitais postos a juros (art. 1128.º, § único, do Cód. Civil de 1867), o que não significava que os pudesse alienar sem o consentimento da mulher. O marido podia dispor livremente dos mobiliários comuns e dos seus próprios mas, no regime de separação, o marido carecia, para alienar os bens mobiliários próprios da mulher, do consentimento desta⁸⁷⁶.

⁸⁷⁶ A referência, no art. 1118.º do Cód. Civil de 1867, aos bens móveis, abrangeria, segundo alguns autores, não só os móveis comuns, como também os próprios de qualquer um dos cônjuges, já que só no regime de separação o marido carecia do consentimento da mulher para alienar os seus bens móveis próprios (art. 1128.º do Cód. Civil de 1867). Além disso, se o marido podia dispor livremente dos bens mobiliários dotais (art. 1148.º do Cód. Civil de 1867) também poderia dispor dos próprios da mulher. A referência do art. 1128.º do Cód. Civil de 1867 aos bens móveis *comuns* do art. 1118.º do Cód. Civil de 1867 restringia-se a uma das hipóteses previstas no artigo, não significando que o art. 1118.º apenas se referisse aos mobiliários comuns. V., Dias Ferreira, *ob. cit.*, pp. 362 e 363, José Augusto do Nascimento, *ob. cit.*, p. 282, e Pires de Lima/Braga da Cruz, *ob. cit.*, pp. 143 e 144. Contra, Silva Carvalho, *ob. cit.*, vol. I, p. 145, para quem a lei apenas refere os bens comuns, e Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, *cit.*, vol. VI, p. 446 e pp. 490 e 491, e *Direitos de Família...*, *cit.*, p. 132, e Pereira Coelho, *Curso...*, *cit.*, 1965, pp. 299 e 300, para quem o marido só podia alienar os seus bens móveis próprios e os bens móveis comuns. Para este último autor os bens próprios da mulher não eram “*do casal*”, mas apenas da mulher e, por isso, não podia o marido aliená-los sem a outorga dela. Assentava o seu entendimento na letra do art. 1128.º do Cód. Civil de 1867, mas com uma interpretação contrária aos primeiros autores aqui referidos. A mulher também não podia alienar esses seus bens, mas isso não significava que o marido, arrogando-se o direito de proprietário, alienasse tais bens (o que não estava incluído no seu poder de administração).

No direito francês, onde inicialmente se entendia que o marido podia livremente alienar os bens móveis da mulher (dado que a lei só o limitava quanto aos imóveis), passou a entender-se que o marido não podia alienar sozinho os bens da mulher, imóveis ou móveis (v., Planiol/Ripert, *Traité élémentaire...*, *cit.*, p. 129, e Colin/Capitant/Julliot de la Morandière, *ob. cit.*, pp. 118 e 119), salvo tratando-se de acto de administração ordinária (Beudant, *ob. cit.*, pp. 395 e 396).

No casamento por arras que vigorou na Península, os poderes de administração do marido estendiam-se, muito provavelmente, à possibilidade de alienar os bens móveis mesmo da mulher sem consentimento desta (tirando os bens dotais). Esta regra encontrava-se também nos antigos direitos alemão e francês. Havia, porém, limitações a esta faculdade, nomeadamente, a proibição de o marido dispor de quaisquer bens em favor da sua *barregã*. Este costume foi depois, no reinado de Afonso III, expressamente convertido em norma geral do reino. A esta situação de supremacia do marido correspondia-lhe a incapacidade da mulher, prevista em muitos foros e costumes municipais que proibiam a mulher de contratar e de prestar fiança, bem como de comparecer em juízo sem consentimento do marido. Em contrapartida, alguns costumes determinavam que a mulher não podia ser demandada, julgada ou presa na ausência do marido ou sem sua permissão. Estas proibições cessavam, todavia, se a mulher fosse negociante. O mesmo valia para o regime da comunhão geral de bens, onde, aliás, não havia dúvidas quanto ao direito do marido dispor dos bens móveis,

Quanto às limitações (ou seja, o marido era o administrador mas não podia exercer essas funções como bem entendesse, apenas dentro de certos limites), estavam previstas nos arts. 1191.º, 1119.º, 1120.º e 2024.º, 1114.º, 1118.º, e 1151.º do Cód. Civil de 1867.

Disponha o art. 1191.º do Cód. Civil de 1867 que o marido não podia alienar bens imobiliários (comuns, próprios dele ou próprios da mulher), nem estar em juízo por causa de questões de propriedade ou posse de bens imobiliários, sem outorga da mulher. Esta mesma regra estava repetida no art. 1119.º do Cód. Civil de 1867, quanto ao regime de comunhão geral. Esta limitação mantinha-se mesmo depois da separação judicial de pessoas e bens (art. 1216.º do Cód. Civil de 1867), sendo de aplicar, quanto às alienações feitas por qualquer dos cônjuges sem consentimento do outro, as sanções previstas no art. 1191.º⁸⁷⁷. Esta limitação, traduzindo a importância dada à propriedade imobiliária, encontra as suas raízes nas Ordenações (título XLVIII, do livro IV, das Ordenações Filipinas, título VI, do livro IV, e título XXXII, do livro III, das Ordenações Manuêlinas, e título XI, do livro IV, e títulos XLV e XLVI, do livro III, das Ordenações Afonsinas) e, mesmo antes, remontando ao direito romano, ao direito visigodo e vigorando também no direito peninsular no casamento por arras e comunhão de adquiridos (cujo princípio foi expressamente consagrado em lei por Afonso III) e na comunhão geral, como analisámos. Se o marido alienasse sem outorga da mulher ficava sujeito a certas sanções que variavam em função do bem que alienasse. Assim, se a alienação fosse de bens próprios do marido, dispunha o § 2.º do art. 1191.º do Cód. Civil de 1867 que as alienações do marido só podiam, nesse caso, ser anuladas a requerimento da mulher ou dos seus herdeiros achando-se o marido constituído em responsabilidade para com ela ou para com eles e não tendo outros bens pelos quais responda. Se a alienação fosse de bens comuns, dispunha o § 3.º do mesmo artigo que a mulher, ou os seus herdeiros, ou os herdeiros legitimários do marido, poderiam requerer que fossem anuladas, agora sem a limitação vista para a anulação das alienações dos próprios do marido. Finalmente, se a alienação fosse dos bens próprios da mulher, não

tendo sido tal o entendimento sempre seguido pela jurisprudência até ao Cód. Civil. V., Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, cit., vol. II, pp. 11-13 e p. 119.

⁸⁷⁷ Pires de Lima/Braga da Cruz, *ob. cit.*, pp. 25-27. Chamam os autores a atenção para o facto de, administrando os cônjuges os seus bens com a separação, poucos seriam os casos em que se verificava a situação, prevista no § 2.º do art. 1191.º do Cód. Civil de 1867, de o marido se achar constituído em responsabilidade para com a mulher (podendo acontecer no caso, p. ex., de, com a partilha, o marido ser obrigado a dar tornas à mulher, estando, por isso, constituído em responsabilidade para com ela).

É evidente que também nesta altura o marido podia escapar a esta limitação, contraindo dívidas, pelas quais os credores poderiam executar os bens imóveis, sem prejuízo do que se dirá em relação ao art. 1119.º (v., Coelho da Rocha, *ob. cit.*, pp. 137 e 138).

estipulava o art. 1191.º do Cód. Civil de 1867 qualquer sanção especial, sendo, assim, de aplicar a regra geral da alienação de coisa alheia, ou seja, o contrato de alienação seria nulo e o marido responderia por perdas e danos, tendo procedido com dolo ou má fé (art. 1555.º do Cód. Civil de 1867). Só no regime de separação, de acordo com o art. 1127.º do Cód. Civil de 1867, que atribuía ao marido poderes de disposição de todos os seus bens (móveis e imóveis), podia este alienar os mesmos sem o consentimento da mulher⁸⁷⁸.

Como vimos, o art. 1119.º do Cód. Civil de 1867 dispunha mais ou menos nos mesmos termos para o regime de comunhão geral. Porém, enquanto o art. 1191.º exigia a outorga da mulher para o marido *alienar* bens imobiliários, este art. 1119.º exigia tal outorga para o marido *alhear ou obrigar* os referidos bens. Apesar de o art. 1119.º estar na secção da comunhão geral entendia-se ser de aplicar a todos os regimes de bens. De facto, se o marido pudesse obrigar bens imobiliários sem a outorga da mulher, seria permitir-lhe que livremente os alienasse. Se o marido não podia alienar também não podia obrigar os mesmos bens. Além disso, e em relação às principais formas de oneração dos bens, a lei exigia a outorga da mulher (p. ex., o art. 894.º do Cód. Civil de 1867, relativamente, às hipotecas)⁸⁷⁹.

Por seu lado, o art. 1120.º do Cód. Civil de 1867 dispunha que o marido não podia repudiar herança sem outorga da mulher e a responsabilidade da aceitação pura, sem outorga da mulher, só recaía sobre os seus bens próprios e a sua meação. Também o art. 2024.º do Cód. Civil de 1867 dispunha que a mulher só podia validamente aceitar ou repudiar a herança com autorização do marido e o marido com o consentimento da mulher. Ambos os artigos proibiam o repúdio sem o consentimento do outro cônjuge. Mas quanto à aceitação as soluções eram diferentes. De facto, de acordo com o art.

⁸⁷⁸ Neste sentido, Júlio Augusto Martins, “Regimens matrimoniaes”, *Revista dos Tribunais*, ano 41.º, 1922/1923, pp. 194 e 195, Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, cit., vol. VI, pp. 494-497, e Pires de Lima/Braga da Cruz, *ob. cit.*, pp. 198 e 199. Contra, Dias Ferreira, *ob. cit.*, p. 364 (apesar de, na p. 373, e contrariamente ao anteriormente defendido em relação ao marido, referir que no regime de separação é da mulher a iniciativa na venda dos seus bens próprios, sem exceptuar os imobiliários), Pinto Coelho, *ob. cit.*, p. 338, e Pereira Coelho, *Curso...*, cit., 1965, pp. 322-324, bem como a generalidade da jurisprudência da altura.

⁸⁷⁹ Contudo, como escrevia Coelho da Rocha, *ob. cit.*, p. 138, ainda que a hipoteca seja uma espécie de alienação e, portanto, o marido careça do consentimento da mulher para a sua constituição, se ela fosse feita para garantia de certos contratos que o marido pudesse celebrar por si ou dos quais pudesse resultar lucro para o casal, seria válida mesmo que sem o consentimento da mulher. Sendo assim, podiam os credores executar os bens hipotecados. Mas, já entendia o autor não ser assim no caso de contrato do qual nunca decorria qualquer proveito, dando como exemplo a fiança. Além disso, essa oneração pressupunha os casos em que os bens fossem voluntariamente onerados, ou seja, os privilégios imobiliários, a penhora, o arresto, etc. são imposições da lei que podem onerar os bens mesmos nessas situações em que fosse necessário o consentimento da mulher (Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, cit., vol. VI, p. 459).

2024.º, a mulher só podia aceitar com o consentimento do marido e este com o consentimento da mulher, mas de acordo com o art. 1120.º, o marido podia, por si só, aceitar a benefício de inventário e, mesmo que a aceitação fosse pura, tinha apenas como sanção a responsabilidade dos seus bens próprios e da sua meação nos comuns. Apesar de o art. 1120.º regular o regime de comunhão geral e o art. 2024.º ser de carácter geral, não podia aquele aplicar-se apenas à comunhão geral, sob pena de o marido ficar com maior liberdade no regime de comunhão geral do que nos outros regimes. Consideravam alguns autores que seria de aplicar a nível geral o art. 1120.º, considerando revogado o art. 2024.º quanto ao marido⁸⁸⁰. Outros, porém, e face à não referência no art. 2024.º da aceitação pura ou a benefício de inventário, entendiam que não havia uma prevalência daquele artigo face a este, dado que o marido só carecia da outorga da mulher para a aceitação pura e simples se a herança tivesse passivo. Não havendo passivo, a aceitação pura seria válida mesmo sem outorga da mulher, dado que dela não resulta qualquer responsabilidade ou encargo ao casal. Havendo passivo, a responsabilidade da aceitação recairia sobre a meação e os bens próprios do marido, quando este não pudesse demonstrar que os encargos excediam as forças da herança (art. 2019.º do Cód. Civil de 1867), pois neste caso a aceitação seria na mesma válida. Com maior razão seria válida, sem outorga da mulher, a aceitação a benefício de inventário que constituísse um acto de mera administração⁸⁸¹.

O art. 1114.º do Cód. Civil de 1867 fixava outra limitação aos poderes de administração do marido. O marido, apesar de ser o administrador dos bens do casal, não podia contrair dívidas, pelas quais ficavam obrigados os bens comuns e os bens próprios da mulher, sem a outorga desta (com as excepções previstas no seu § 2.º). Esta disposição aplicava-se apenas aos imobiliários, dado que quanto aos bens móveis o art. 1118.º do Cód. Civil de 1867 permitia ao marido dispor livremente dos bens mobiliários do casal. Ora, o que pode ser alienado também pode ser onerado, pelo que, o marido poderia contrair dívidas que onerassem tais bens. Pelo contrário, como o marido não tinha poderes de livre disposição sobre os imóveis, também não podia onerá-los livremente. Portanto, pelas dívidas contraídas pelo marido sem outorga da mulher

⁸⁸⁰ José Augusto do Nascimento, *ob. cit.*, p. 206, Pires de Lima/Braga da Cruz, *ob. cit.*, pp. 30 e 149, e Pereira Coelho, *Curso...*, 1965, p. 255. Referem ainda os primeiros autores que estas contradições entre o regime geral e o de comunhão geral deviam-se ao facto de aquelas terem sido introduzidas no código posteriormente e não terem sido feitas as necessárias alterações.

⁸⁸¹ Silva Carvalho, *ob. cit.*, vol. I, pp. 172 e 173, e Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, *cit.*, vol. VI, pp. 433 e 434.

respondiam todos os bens móveis (comuns ou próprios de qualquer um dos cônjuges) e os imobiliários próprios do marido.

O art. 1118.º do Cód. Civil de 1867 não deixava, porém, de fixar uma limitação ao poder de disposição sobre os bens móveis. Se o marido os alheasse ou obrigasse por contrato gratuito, a importância dos bens assim alheados era levada em conta na meação dele, com excepção das doações remuneratórias ou de pouca importância e as doações de homem casado à sua concubina, sendo estas últimas nulas (ainda que se tratasse de nulidade relativa) (arts. 1471.º e 1480.º do Cód. Civil de 1867). É que se o marido alheasse os bens a título oneroso havia uma contra-prestação de valor equivalente, ao passo que o mesmo já não acontecia, podendo o património da mulher ficar afectado, se o fizesse a título gratuito. Esta disposição era um reflexo da disposição contida no título LXIV, do livro IV, das Ordenações Filipinas, que previa idêntica sanção, para que os maridos não doassem os bens móveis ou dinheiro em prejuízo das suas mulheres⁸⁸².

O art. 1151.º do Cód. Civil de 1867, relativo ao regime dotal, fixava que o marido só podia alienar ou onerar os imobiliários dotais nos termos do disposto no art. 1149.º do mesmo código, podendo também ser convencionada a inalienabilidade dos bens móveis (art. 1148.º do Cód. Civil de 1867). No caso de o marido alhear ou onerar tais bens ficava responsável por todas as perdas e danos, tanto para com a mulher, como para com terceiros, a quem não haja declarado a natureza dos bens alheados.

Além destas limitações, o marido podia também estar privado da administração dos bens do casal. De facto, o marido não administrava se um dos cônjuges fosse menor e se casasse sem o consentimento dos pais ou daqueles que os representavam⁸⁸³, se fosse surdo-mudo ou pródigo e não obtivesse o consentimento do tutor ou curador para contrair casamento ou se fosse tutor ou curador (ou seu descendente, ascendente, irmão, cunhado ou sobrinho) e casasse com a pessoa tutelada ou curatelada (arts. 51.º, 52.º e 55.º do Dec. n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910). Nos dois primeiros casos, a

⁸⁸² No Cód. Civil francês, e no regime de comunhão, o marido administrava sozinho todos os bens comuns e os próprios de qualquer dos cônjuges, podendo dispor deles livremente (art. 1421.º do Cód. Civil francês). Só não podia dispor dos bens imóveis próprios da mulher sem o consentimento desta (art. 1428.º do Cód. Civil francês), como também não podia dispor a título gratuito dos bens imóveis comuns sem autorização da mulher (art. 1422.º do Cód. Civil francês). Como contrapartida dos poderes do marido, a mulher tinha a possibilidade de renunciar à comunhão (se esta estava arruinada pela má administração do marido), limitar a sua obrigação pelas dívidas a um inventário, requerer a separação de bens e, em todos os regimes, beneficiava da existência de hipoteca legal sobre os bens adquiridos e os imóveis próprios do marido. V., sobre a regulamentação do regime de administração à luz do Cód. Civil francês de 1804, Planiol/Ripert, *Traité élémentaire...*, cit., pp. 112-137.

⁸⁸³ Repare-se que esta situação, onde a administração não cabe nem ao marido nem à mulher, continuou prevista no Cód. Civil de 1966 e mesmo actualmente, depois da Reforma de 1977, no art. 1649.º.

administração continuava nas mãos da pessoa que administrava os bens do incapaz antes do casamento, até que este se tornasse capaz. No terceiro caso, enquanto durasse a incapacidade do tutelado ou curatelado, a administração pertencia ao protutor (art. 258.º, n.º 1, do Cód. Civil de 1867).

Mas havia ainda casos em que a administração não cabia ao marido e que pertencia à mulher.

A mulher administrava os bens do casal quando o marido lhe conferisse tal administração por mandato, após o casamento (art. 1117.º, § único, do Cód. Civil de 1867), o qual a autorizava a administrar os bens do casal; quando se tratasse de bens que adquirisse por sucessão ou doação, com a cláusula de ser ela a administradora desses bens; ou na ausência ou impedimento do marido (arts. 1189.º e 1190.º do Cód. de Seabra).

Assim, o marido podia encarregar a mulher da administração dos bens do casal, nos termos do art. 1117.º, § único, do Cód. Civil de 1867, aplicável não só ao regime de comunhão geral mas a qualquer regime de bens⁸⁸⁴. Se, no regime de comunhão, o marido podia entregar a administração à mulher, por maioria de razão o deveria poder em qualquer outro regime. Mesmo que assim não se entendesse, o marido poderia sempre, de acordo com o princípio da autonomia da vontade nos negócios jurídicos, entregar a administração, dos bens comuns e dos próprios de ambos os cônjuges, à mulher se o quisesse.

Convém referir que a mulher comerciante, em virtude da autorização geral do marido para comerciar, podia praticar todos os actos relativos ao seu comércio e até hipotecar os seus bens próprios não dotais e propor acções (art. 1194.º do Cód. de Seabra e art. 16.º do Cód. Comercial). Por outro lado, e embora obrigando-se em nome pessoal, a mulher comerciante obrigava o marido, excepto pelas dívidas que, por sua natureza, fossem comunicáveis (art. 1198.º do Cód. Civil de 1867). Em virtude da autorização geral concedida para o exercício de uma profissão, as dívidas que a mulher contraísse

⁸⁸⁴ Tal não contradizia o então art. 1104.º do Cód. Civil de 1867 (cfr. o actual art. 1699.º, al. c)) que apenas proibia que a administração fosse confiada à mulher na convenção antenupcial. As situações são distintas: se o marido passa à mulher um mandato em que a autoriza a administrar os bens do casal, como o mandato é livremente revogável, ele não fica verdadeiramente privado da administração dos bens, como ficaria se a administração fosse confiada à mulher na convenção antenupcial, que é imutável (cfr. o actual art. 1714.º). O marido podia sempre revogar o mandato e podia, também, opor-se a qualquer acto da administração que a mulher desejasse praticar. V., Pires de Lima/Braga da Cruz, *ob. cit.*, pp. 34 e 35, e M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, *cit.*, p. 486, nota 102.

nesse exercício estavam consentidas pelo marido e, por isso, obrigavam-no também a ele⁸⁸⁵.

A mulher era também a administradora dos bens que alguém lhe doasse ou deixasse em testamento, estipulando-se ser ela a administradora desses bens, apesar de não haver uma disposição que expressamente o permitisse (não havia também uma que o proibisse)⁸⁸⁶.

Podia ainda a mulher administrar nos casos de ausência e impedimento do marido (arts. 1189.º, 1190.º e 1117.º do Cód. Civil de 1867). Era discutido na doutrina a questão de saber se a “ausência” era empregue no seu sentido lato ou no sentido técnico, isto é, se, para a mulher poder administrar, bastava a simples não presença do marido ou se era necessário que dele não houvesse notícias⁸⁸⁷. E o mesmo se discutia em relação ao impedimento, ou seja, se seria necessário um impedimento legalmente verificado ou se bastava um mero impedimento de facto, sendo defendido, em geral, bastar um impedimento de facto (p. ex., estando o marido gravemente doente ou se estava notoriamente louco)⁸⁸⁸.

Contudo, não tinha a mulher nessa administração dos bens do casal poderes tão amplos como os conferidos ao marido (nomeadamente, em matéria de dívidas e alienação de bens imóveis - cfr. os arts. 1116.º e 1190.º do Cód. Civil de 1867). A lei era omissa quanto à alienação dos bens móveis e, portanto, questionava-se se os poderes conferidos no art. 1118.º do Cód. Civil de 1867 ao marido seriam também de aplicar à mulher. Ainda que a mulher, como administradora, devesse ter os mesmos poderes do

⁸⁸⁵ Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, cit., vol. VI, pp. 441 e 442.

⁸⁸⁶ V., Pires de Lima, “Administração da mulher casada imposta por terceiros”, *RLJ*, ano 78.º, 1945/46, p. 280, admitindo que os actos de natureza gratuita justificavam a excepção ao art. 1104.º do Cód. de Seabra. Contra tal entendimento, v., Pinto Coelho, *ob. cit.*, p. 286.

⁸⁸⁷ Sobre esta questão, v., Pires de Lima/Braga da Cruz, *ob. cit.*, pp. 36-38, e Carlos da Costa Picoito, *ob. cit.*, pp. 97-100, optando pela concepção ampla, nomeadamente, pelo facto de o art. 1116.º do Cód. Civil de 1867, em matéria de dívidas, permitir à mulher a contracção de dívidas no caso de ausência em sentido amplo do marido. Se assim não se entendesse, estar-se-ia a negar à mulher o poder de administrar e a atribuir-se-lhe, em paralelo, e pelo contrário, as faculdades que entram nos poderes de administração (contrair dívidas). Se, contudo, o marido desaparecesse, sendo ausente em sentido técnico, a mulher ficava administradora dos bens, nos termos do art. 1117.º, § único, do Cód. Civil de 1867, enquanto não fosse instalada a curadoria definitiva (v., Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, cit., vol. VI, p. 444). Contra, defendendo que a ausência era a ausência em parte incerta, v., o ac. do STJ, de 20.07.1943 (*RLJ*, ano 76.º, 1943/44, p. 271), anotado e criticado por Pires de Lima, “Atribuição da administração dos bens do casal à mulher na ausência do marido (notas a um acórdão)”, *RLJ*, ano 76.º, 1943/44, pp. 337-340 e pp. 353 e 354.

⁸⁸⁸ Pires de Lima/Braga da Cruz, *ob. cit.*, pp. 38 e 39, e Carlos da Costa Picoito, *ob. cit.*, p. 101.

Também na legislação francesa, no caso de o marido estar impossibilitado de manifestar a sua vontade, a mulher podia, com autorização judicial, substituí-lo no exercício dos poderes conferidos pelos arts. 1421.º e 1428.º do Cód. Civil francês (art. 1427.º do mesmo código).

marido, da letra dos arts. 1190.º e 1116.º do Cód. Civil de 1867 podia concluir-se que o legislador quis regular de forma mais restrita os poderes da mulher administradora. Assim, a mulher só poderia alienar bens móveis desde que essas alienações coubessem no conceito de acto de administração, ou seja, apenas os actos destinados à conservação ou frutificação do património (como a alienação das rendas e dos frutos)⁸⁸⁹. Porém, podia também entender-se que a mulher administradora deveria ter os mesmos poderes que o marido, dado não haver norma que estabelecesse regime diferente⁸⁹⁰. Tendo ou não os poderes conferidos pelo art. 1118.º do Cód. Civil de 1867 ao marido, o que parecia certo era que, enquanto administradora, mesmo quando em virtude de um mandato do marido, a mulher não tinha de prestar contas da sua administração (tal como o marido)⁸⁹¹.

Tirando estes casos, para que os actos indicados no art. 1193.º do Cód. de Seabra pudessem validamente ser praticados pela mulher carecia esta da autorização do marido, ou, no caso de injusta recusa, do suprimento judicial dessa autorização. Os arts. 1194.º e segs. do Cód. Civil de 1867 regulavam essa autorização e o § 3.º do art. 1193.º do mesmo código o suprimento de tal autorização⁸⁹². A autorização ou o respectivo suprimento tornavam válidos os actos praticados pela mulher. Como sabemos a autorização para a contracção de obrigações implicava responsabilidade do marido pelas dívidas contraídas pela mulher (art. 1198.º do Cód. Civil de 1867), nos regimes de comunhão e no de separação (neste com a ressalva de as dívidas terem sido contraídas sobre bens ou interesses privados da mulher – art. 1198.º e 1129.º, § 3.º, do Cód. Civil de 1867). No caso de suprimento, o marido só respondia pelas obrigações contraídas pela mulher que procedessem de obrigações comuns ou revertessem em proveito comum (art. 1199.º do Cód. Civil de 1867), nos regimes de comunhão. A falta de autorização conduzia à anulabilidade do acto praticado pela mulher. De facto, a nulidade era apenas relativa, só podendo ser alegada pelo marido ou pelos seus

⁸⁸⁹ Pires de Lima/Braga da Cruz, *ob. cit.*, pp. 39 e 40.

⁸⁹⁰ Pereira Coelho, *Curso...*, *cit.*, 1965, p. 251. Defendendo esta posição, Carlos da Costa Picoito, *ob. cit.*, pp. 106 e 107, acrescentava ainda que a lei processual (art. 18.º do Cód. de Processo Civil vigente na altura) concedia à mulher a faculdade de estar em juízo por questões relativas a bens mobiliários, podendo propor acções e até transigir no processo. Sendo assim, tal significava que ela também podia dispor de tais bens.

⁸⁹¹ Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, *cit.*, vol. VI, p. 442.

⁸⁹² V., sobre esta questão, Pires de Lima/Braga da Cruz, *ob. cit.*, pp. 47-53.

herdeiros e representantes (art. 1200.º do Cód. Civil de 1867). O art. 1201.º do Cód. Civil de 1867 previa os casos em que essa nulidade podia ser sanada⁸⁹³.

A doutrina justificava a administração dos bens do casal, no Cód. de Seabra, da seguinte forma: por um lado, julgou-se que à boa gestão dos interesses patrimoniais do casal conviria a administração marital, por ser um só e exercida pelo cônjuge que em geral era o mais apto para esse cargo, em virtude da sua maior actividade, energia e experiência nos negócios. Por outro lado, entendeu-se que ficaria mal à própria dignidade do marido, à sua autoridade e prestígio na sociedade e na família, o estar ele privado da administração do casal, sem ser por qualquer dos motivos que legalmente produzem a incapacidade de qualquer pessoa. O marido ficaria como que diminuído perante a sociedade, perante a própria mulher e perante os filhos que viessem a nascer do casamento⁸⁹⁴.

Só quando aquele não podia administrar, directamente ou por interposta pessoa, e houvesse necessidade urgente de prover acerca da administração, é que a lei chamava a mulher a administrar.

Em termos gerais, poderá concluir-se pela absoluta liberdade e irresponsabilidade do marido pelos seus actos de administração. A mulher, para evitar perder o que era seu, tinha a solução do então art. 1219.º do Cód. Civil de 1867, ou seja, poderia requerer a simples separação judicial de bens⁸⁹⁵. Não tinha o Cód. de Seabra uma disposição semelhante ao art. 1428.º, 4.º, do Cód. Civil francês de 1804, que declarava responsável o marido por todos os prejuízos que os bens próprios da mulher sofressem por falta de actos conservatórios (não havia, porém, norma semelhante em relação à administração dos bens comuns)⁸⁹⁶.

⁸⁹³ O art. 1201.º do Cód. Civil de 1867 previa a possibilidade de existir uma acção de anulação intentada por um terceiro. Contudo, só o marido e seus herdeiros e representantes tinham legitimidade para tal acção. Como escrevem Pires de Lima/Braga da Cruz, *ob. cit.*, pp. 52 e 53, a razão da contradição residia no facto de o primitivo projecto prever atribuir também aos credores do marido legitimidade para a acção anulatória. A comissão revisora eliminou essa possibilidade mas não alterou o art. 1201.º.

⁸⁹⁴ A manutenção da qualidade de chefe da família, discutida na Reforma de 1965 do Cód. Civil francês, era vista como um modo de protecção da própria instituição familiar. V., Eliana Gersão, “A igualdade jurídica dos cônjuges. A propósito do projecto de Código Civil”, *RDES*, ano 13.º, 1966, pp. 39-42. A mesma defesa da unidade de direcção dos interesses patrimoniais da família, que não interferiria com o princípio da igualdade, era referida por Gonçalves Pereira, “Regimes convencionais. Anteprojecto para o novo Código Civil”, *BMJ*, n.º 122.º, 1963, p. 225, quanto ao Cód. Civil de 1966.

⁸⁹⁵ Exceptuavam-se apenas os casos de dolo ou fraude (quando, p. ex., o marido produzisse danos intencionalmente, extraviasse valores, fizesse contratos fraudulentos, em prejuízo da meação da mulher), ou seja, havendo um dano e o propósito de afectar a meação da mulher. Nestas situações os actos podiam ser anulados (arts. 1030.º e segs. do Cód. Civil de 1867), ou incorrer o marido em responsabilidade civil (com indemnização nos termos dos arts. 2361.º e segs. do Cód. Civil de 1867) ou até criminal.

⁸⁹⁶ Como referia Beudant, *ob. cit.*, p. 386, a administração dos bens próprios da mulher pelo marido resultava de um mandato legal que, ao mesmo tempo que atribuía poderes ao marido, impunha-lhe também obrigações decorrentes do seu exercício no

Em todo o caso, Cunha Gonçalves entendia ser de responsabilizar o património comum pelos actos que trouxessem prejuízo. Ou seja, a própria administração implicava a existência de deveres e, por isso, o marido devia praticar durante a sua administração todos os actos conservatórios dos direitos e interesses da mulher, devendo actuar com a diligência do bom pai de família ou do proprietário prudente (cultivar terras, efectuar seguros contra acidentes e incêndio, realizar obras de reparação de edifícios, proceder à cobrança de créditos, rendas, juros..., antes que o devedor se torne insolvente, pagar em tempo os impostos, etc.). Não atribuía, porém, responsabilidade ao marido (salvo no caso de responsabilidade delitual), como o Cód. Civil francês, mas ao património comum, tendo, portanto, a mulher que suportar a metade dos prejuízos havidos nos seus bens próprios⁸⁹⁷.

No Cód. Civil de 1966 o princípio da administração dos bens do casal estava expresso no art. 1678.º, que estipulava que “a administração dos bens do casal, incluindo os próprios da mulher e os bens dotais, pertence ao marido, como chefe da família”. Mantinha-se, assim, o princípio estabelecido pelos arts. 1117.º e 1189.º do Cód. Civil de 1867. Tal como neste último, também aqui se trata de um princípio de natureza imperativa, estipulando o art. 1699.º, al. c), que a atribuição dos poderes de administração dos bens do casal à mulher não podia ser objecto de convenção antenupcial, fora dos casos previstos na lei⁸⁹⁸.

Portanto, com o Cód. Civil de 1966 eliminou-se a ideia de incapacidade da mulher casada, mas manteve-se a chefia marital (art. 1674.º do Cód. Civil de 1966) e a atribuição à mulher do governo doméstico (art. 1677.º do Cód. Civil de 1966). Tal chefia assentava não já na incapacidade da mulher, mas na ideia de unidade institucional da família, isto é, pretendeu-se evitar que os tribunais pudessem intervir à mínima discordância dos cônjuges, devassando a intimidade da vida familiar⁸⁹⁹. Portanto, o

interesse da mulher e da comunhão. Daí a estipulação de uma responsabilidade nos termos do art. 1428.º, 4.º, do Cód. Civil francês de 1804.

⁸⁹⁷ Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, cit., vol. VI, pp. 435-437. Contra, Pires de Lima/Braga da Cruz, *ob. cit.*, p. 33, nota 1, e Pereira Coelho, *Curso...*, cit., 1965, p. 247, para quem a solução não era defensável à luz do então direito português. A responsabilidade do marido ou do património comum só poderia admitir-se se existisse uma disposição semelhante à do Cód. Civil francês.

⁸⁹⁸ A. Lopes Cardoso, *A Administração dos Bens...*, cit., p. 14, considera como princípio de ordem pública a regra da administração do marido e, por isso, não pode ser derogado fora dos casos taxativamente previstos. Por isso, também, e apesar de o art. 1699.º, al. c), apenas referir a proibição à mulher, não podem os nubentes confiar a administração irrevogavelmente (em convenção antenupcial) a um terceiro.

⁸⁹⁹ Como entendia A. Lopes Cardoso, *A Administração dos Bens...*, cit., pp. 9 e 10, a propósito da regra da administração do marido, a solução passaria por criar sistemas de defesa e não em negar um princípio inerente à natureza humana.

princípio continuava a ser o da supremacia do marido a quem a lei conferia todos os poderes de decisão em todos os actos da vida conjugal comum (art. 1674.º do Cód. Civil de 1966). Contudo, a mulher podia já, sem o consentimento do marido, exercer profissões liberais ou funções públicas e publicar ou fazer representar as suas obras ou dispor da propriedade intelectual (art. 1676.º do Cód. Civil de 1966).

O marido tinha, assim, obrigação de exercer a administração, da qual não podia abdicar senão por mandato⁹⁰⁰. À mulher concedeu-se a faculdade de reservar para si, na convenção antenupcial, o direito de administrar, não só os bens próprios, mas também os bens comuns por ela levados para o casal ou adquiridos a título gratuito depois do casamento (art. 1678.º, n.º 2, do Cód. Civil de 1966). Atribuiu-se também à mulher o poder de dispor livremente de todos os seus bens, presentes e futuros, sem restrições, quando o regime de bens fosse o de separação (arts. 1678.º, n.º 2, al. d), e 1735.º do Cód. Civil de 1966). O sistema de administração dos bens dos cônjuges era discriminatório contra a mulher e particularmente injusto era o facto de a mulher não administrar, em princípio, os seus bens próprios, excepto se o regime de bens fosse o de separação (art. 1678.º, n.º 2, al. d), do Cód. Civil de 1966)⁹⁰¹.

O art. 1678.º, n.º 2, do Cód. Civil de 1966, enumerava então as hipóteses em que a mulher tinha a administração dos bens do casal. A estas excepções havia ainda que acrescentar a do art. 1677.º do mesmo código, ou seja, a mulher era também administradora dos bens do casal nos limites do governo doméstico⁹⁰². E no exercício do governo doméstico ou nos casos em que administrava ao abrigo do art. 1678.º, a

⁹⁰⁰ Neste sentido, cfr. o ac. da RL, de 09.11.1979 (*BMJ*, n.º 296.º, 1979, p. 318), que refere que “(...) as normas que atribuíam ao marido a administração dos bens do casal eram de interesse e ordem pública. Logo, era nula a renúncia do marido aos seus poderes de administração dos bens do casal, embora pudesse conferir à mulher mandato revogável para administrar todos ou parte dos bens do casal (...)”.

A Reforma de 1965 do Cód. Civil francês continuou também a atribuir a administração dos bens do casal ao marido, ainda que ambos os cônjuges passassem a administrar os seus bens próprios (art. 1428.º do Cód. Civil francês). Não podia, porém, o marido, sem o consentimento da mulher, arrendar um prédio rústico ou um imóvel para fins comerciais ou industriais nem praticar actos de disposição a título gratuito, tal como no direito anterior. Porém, não podia agora também, sem o consentimento da mulher, alienar ou onerar bens imóveis, estabelecimentos comerciais e explorações dependentes da comunhão, nem os direitos sociais não negociáveis e os móveis corpóreos cuja alienação estivesse sujeita a registo, nem receber os capitais provenientes de tais operações (art. 1424.º do Cód. Civil francês).

⁹⁰¹ M.ª Leonor Beza, *Direito da Família*, cit., pp. 54 e 55. Repare-se também que, nos termos do então art. 1686.º, a mulher continuava a carecer do consentimento do marido para o exercício do comércio. E o art. 16.º do Cód. Comercial dispunha uma outra limitação. De facto, e ainda que a mulher estivesse devidamente autorizada a exercer o comércio, não podia associar-se comercialmente assumindo responsabilidade ilimitada sem autorização especial do marido.

⁹⁰² Representando o governo doméstico a zona de administração de bens do casal privativa da mulher, a lei veio expressamente determiná-lo, tornando desnecessária a ficção do mandato tácito do marido que era, como vimos, utilizada noutras legislações. Por outro lado, e sendo um poder conferido por lei, não podia o marido retirá-lo à mulher ou limitá-lo.

mulher podia movimentar por si só depósitos bancários (art. 1680.º do Cód. Civil de 1966).

A mulher tinha, assim, a administração de todos os bens do casal, se o marido se encontrasse em lugar remoto ou não sabido, ou estivesse impossibilitado por qualquer motivo de exercer a administração (art. 1678.º, n.º 2, al. a), do Cód. Civil de 1966), tal como já constava dos arts. 1117.º e 1189.º do Cód. Civil de 1867. Era preciso que se tratasse de impedimento permanente para que a mulher ficasse investida na administração dos bens do casal (se fosse temporário a mulher apenas poderia requerer as providências a que se referia o art. 1679.º).

A mulher tinha também a administração dos bens próprios ou dotais, ou dos bens comuns por ela levados para o casal ou adquiridos a título gratuito depois do casamento, ou dos sub-rogados em lugar deles, quando tenha reservado esse direito na convenção antenupcial (art. 1678.º, n.º 2, al. b), do Cód. Civil de 1966). Tratava-se de uma solução inovadora, dado que à luz do Cód. de Seabra não era permitido à mulher reservar para si a administração de tais bens. Contudo, e se pensarmos que a maioria dos nubentes casava (e casa) sem realização de convenção antenupcial, poucos foram os casos em que esta exceção se verificou⁹⁰³.

Cabia também à mulher a administração dos bens que lhe tivessem sido doados ou deixados, ainda que por conta da legítima, com exclusão da administração do marido (art. 1678.º, n.º 2, al. c), do Cód. Civil de 1966); de todo o seu património, se tivesse sido estipulado o regime de separação de bens (art. 1678.º, n.º 2, al. d), do Cód. Civil de 1966)⁹⁰⁴; de todos os bens do casal, ou de parte deles, se o marido lhe conferisse, por mandato revogável, esse direito (art. 1678.º, n.º 2, al. e), do Cód. Civil de 1966); dos bens móveis, próprios de qualquer dos cônjuges ou comuns, por ela exclusivamente utilizados como instrumento de trabalho (art. 1678.º, n.º 2, al. f), do Cód. Civil de 1966); dos seus direitos de autor (art. 1678.º, n.º 2, al. g), do Cód. Civil de 1966); dos

⁹⁰³ Pereira Coelho, *Direito de Família...*, cit., 1967, p. 102, defendeu que a lei deveria ter ido mais longe, entregando à mulher, independentemente de qualquer reserva feita na convenção antenupcial, a administração dos seus bens próprios. No mesmo sentido, Eliana Gersão, *loc. cit.*, p. 63, e Távarela Lobo, *loc. cit.*, pp. 277-279.

⁹⁰⁴ Não se trata já de um regime de aparente separação mas de uma verdadeira separação (Pereira Coelho, *Direito de Família...*, cit., 1967, p. 103). No regime de separação de bens, o marido só administrava os bens da mulher se esta estivesse ausente ou impedida, por qualquer motivo, de administrar (art. 1678.º, n.º 3, do Cód. Civil de 1966) ou se ela lhe conferisse mandato para administrar.

proventos que recebesse por seu trabalho ou indústria (art. 1678.º, n.º 2, al. h), do Cód. Civil de 1966)⁹⁰⁵.

A al. e) do n.º 2 do art. 1678.º referia expressamente “mandato revogável”, muito embora tal não fosse necessário já que, por definição, o mandato é livremente revogável (cfr. o art. 1170.º)⁹⁰⁶. Foi, todavia, a maneira que a lei encontrou de reforçar o princípio de o marido não poder renunciar ao seu direito-dever de administrar. Fica também, por isso, excluída a possibilidade de a mulher poder exigir do marido qualquer indemnização em consequência da revogação, por se ter, nomeadamente, estipulado a irrevogabilidade ou se ter renunciado ao direito de revogação (cfr. o art. 1172.º, al. b)) ou por se entender ser um mandato também concedido no interesse do mandatário (cfr. o art. 1170.º, n.º 2)⁹⁰⁷. De facto, os arts. 1157.º, 1170.º, n.º 2, e 1175.º, de então e actuais, e ainda que o mandato seja um contrato que visa o interesse do mandante, admitem que ele possa ser também conferido no interesse do mandatário (o cônjuge que passará a ter poderes administrativos), fazendo com que, nesse caso, o mandato seja irrevogável, salvo ocorrendo justa causa, bem como não caducará com a morte, interdição ou inabilitação do mandante. Não nos parece adequado admitir a aplicação destes preceitos no âmbito da administração dos bens do casal fundada em mandato. Tendemos, por isso, a admitir, neste contexto, a livre revogabilidade do mandato⁹⁰⁸.

Quanto à forma que há-de revestir este mandato, inclinámo-nos para aceitar aqui o princípio da liberdade de forma, não partilhando da opinião de A. Lopes Cardoso, quanto à aplicação analógica do art. 1684.º, relativamente ao consentimento conjugal,

⁹⁰⁵ A referência aos rendimentos provenientes da *indústria* colocava alguns problemas de interpretação, ou seja, quais os rendimentos que provinham do trabalho e quais os de indústria. Repare-se que actualmente o art. 1678.º, n.º 2, al. a), apenas refere os proventos que qualquer dos cônjuges receba pelo seu trabalho. A. Lopes Cardoso, *A Administração dos Bens...*, cit., p. 84, entendia que a lei, ao falar em proventos da indústria, quis reportar-se aos proventos que advinham para a mulher da sua participação numa sociedade com a sua indústria.

⁹⁰⁶ Parece partilhar deste entendimento a redacção actual do art. 1678.º, n.º 2, al. g), sendo certo que à mesma solução conduz o art. 1681.º, n.ºs 2 e 3, ao mandar aplicar as regras do mandato.

⁹⁰⁷ O entendimento exposto é válido também para a redacção actual da al. g) do n.º 2 do art. 1678.º.

⁹⁰⁸ Cfr., no mesmo sentido, o ac. da RC, de 17.03.1976 (*Col. Jurisp.*, tomo I, 1976, p. 47). Se assim não fosse poder-se-ia até atentar contra o art. 1699.º, al. c), do Cód. Civil de 1966, e cuja redacção se manteve na Reforma de 1977, ao conferir irrevogavelmente a administração ao outro cônjuge, ou seja, não faria sentido que se proibisse a alteração das regras da administração dos bens do casal por convenção antenupcial e se viesse permitir isso pela concessão de um mandato irrevogável (nomeadamente, por ser concedido também no interesse do mandatário). É evidente que a questão do mandato conferido também no interesse do mandatário só se coloca quanto à administração de bens comuns, pois relativamente à administração de bens próprios do outro cônjuge (mandante) não haverá interesse do mandatário.

A revogabilidade era também uma característica do mandato conferido pela mulher ao marido para administrar os seus bens próprios, para respeito do princípio da imutabilidade das convenções matrimoniais. V., Guido Tedeschi, *ob. cit.*, pp. 701-706.

exigindo que o mandato revista a forma da procuração⁹⁰⁹. Com efeito, e a maioria das vezes, tal mandato é concedido tacitamente⁹¹⁰. E esta parece ser também a posição adoptada pela Reforma de 1977 (cfr. o art. 1681.º, n.º 3).

Comparando com o Cód. Civil de 1867, é notório o alargamento dos casos em que a mulher detém poderes de administração. Porém, a administração da mulher mantém-se limitada a certos bens (art. 1678.º, n.º 2, do Cód. Civil de 1966), continuando o marido a ser o administrador dos bens do casal. De qualquer forma, quando a mulher administrasse os bens do casal tinha os mesmos poderes que o marido, contrariamente ao estipulado no Cód. de Seabra.

Por outro lado, o marido perdeu, à luz do Cód. Civil de 1966, grande parte dos seus poderes como administrador. O art. 1681.º, na redacção de 1966, dispunha que “o cônjuge administrador não é obrigado a prestar contas da sua administração, embora seja responsável pelos actos praticados intencionalmente em prejuízo do casal ou do outro cônjuge”. Manteve-se, portanto, a tradição jurídica da irresponsabilidade do marido pela administração dos bens do casal (sendo, apenas, facultado à mulher o recurso à simples separação judicial de bens, quando estiver em risco de perder o que é seu), mas, se o marido (ou antes, o cônjuge administrador), intencionalmente, pratica actos que prejudicam o património comum ou o do cônjuge, já não será irresponsável⁹¹¹. É que o cônjuge administrador administra simultaneamente os seus bens próprios, os bens comuns e até os bens próprios do outro cônjuge, o que acarretaria sempre dificuldades em distinguir onde está a administração de um ou outro dos bens e, por isso, uma quase impossibilidade de prestar contas. Se assim não fosse, a comunidade conjugal, que a lei e a moral revestem de uma auréola de unidade, não se distinguiria de uma sociedade, em que a cada passo seriam necessários os votos para uma deliberação⁹¹².

Continuava, porém, o Código Civil de 1966 a apresentar traços fortemente conservadores. De facto, o marido era ainda o chefe da família, decidindo, na dúvida, sozinho, em todos os assuntos da vida conjugal comum, mantendo-se uma inferioridade

⁹⁰⁹ A. Lopes Cardoso, *A Administração dos Bens...*, cit., p. 70.

⁹¹⁰ Neste sentido, v., Guido Tedeschi, *ob. cit.*, p. 709, a propósito do direito italiano anterior, ao dizer que a administração pelo marido dos bens próprios da mulher podia resultar de mandato conferido tacitamente pela mulher quando esta não se opusesse, tolerando, os actos de administração praticados pelo marido.

⁹¹¹ O art. 3.º, n.º 2, do anteprojecto de Braga da Cruz (“Capacidade patrimonial...”, *loc. cit.*, p. 367), estipulava que se o cônjuge administrador se abstivesse de praticar um acto de administração de manifesto interesse para o casal, podia o outro cônjuge requerer judicialmente autorização para o praticar. Porém, esta hipótese não foi contemplada no Cód. Civil.

⁹¹² V., A. Lopes Cardoso, *A Administração dos Bens...*, cit., p. 119.

nítida das competências da mulher (não podendo, nem mesmo por recurso à convenção antenupcial, ser nomeada administradora dos bens do marido)⁹¹³.

1.2 O regime de administração dos bens do casal à luz do direito vigente

A Reforma do Cód. Civil de 1977 introduziu alterações significativas no Direito da Família, no sentido de o adaptar ao princípio da igualdade entre os cônjuges previsto na CRP (cfr. os arts. 13.º e 36.º, n.º 3).

O regime da administração dos bens sofreu grandes transformações, vindo o art. 1678.º estipular as regras em matéria de administração dos bens do casal. A Reforma veio também reduzir consideravelmente os poderes do cônjuge administrador se aqueles se baseiam em mandato (art. 1681.º, n.ºs 2 e 3). As regras do art. 1678.º continuam a ser imperativas (cfr. o art. 1699.º, al. c)) e apenas o mecanismo do mandato, que é livremente revogável, ao contrário das convenções antenupciais (art. 1714.º), pode fazer alterar tais regras. Por sua vez, o regime de disposição dos bens do casal não sofreu grandes alterações. Com efeito, dependendo as regras de disposição das regras de administração, alteradas estas não precisavam aquelas de significativas modificações⁹¹⁴.

A titularidade dos poderes de administração dos bens do casal assenta, no direito vigente, na distinção entre bens próprios e bens comuns, não tendo o regime de bens em causa, em princípio, qualquer influência na definição de tais poderes, constituindo o que os franceses chamam de *regime patrimonial primário*.

No Código Civil de 1966, em relação ao Código de 1867 e às leis da família de 1910, notava-se algum progresso. Como referem Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, eram iguais os poderes de disposição do marido e da mulher quanto a bens imóveis e, no regime de separação de bens de 1966 (ao contrário do Código de Seabra em que, apesar da separação, o marido continuava a ser o administrador de todos os bens do casal, incluindo os da mulher), havia uma separação não só de bens mas também de administrações, apesar de se manterem as desigualdades. De facto, sendo os poderes de disposição dos bens móveis atribuídos em função dos de administração (art. 1682.º, antiga redacção) e a administração dos bens do casal, incluindo os da mulher, pertencer

⁹¹³ Wengler, "O projecto de um novo Código Civil português", *BMJ*, n.º 168.º, 1967, p. 337, e Heinrich Ewald Hörster, "Evoluções legislativas no Direito da Família depois da Reforma de 1977", in AAVV, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil...*, cit., p. 60.

ao marido (art. 1678.º antiga redacção), daí a supremacia do marido sobre a mulher quanto aos poderes de disposição sobre bens móveis. Apesar de o Código de 1966 ter permitido que, por estipulação em convenção antenupcial, a mulher administrasse os seus bens próprios, os bens comuns que levasse para o casal ou adquirisse a título gratuito depois do casamento e os sub-rogados em lugar deles (art. 1678.º, n.º 2, al. b), antiga redacção), tal raramente acontecia⁹¹⁵.

O princípio constitucional da igualdade jurídica dos cônjuges levou o legislador em 1977 a substituir a administração dos bens do casal pelo marido, como chefe da família, por três regras básicas: a da administração singular dos bens próprios por cada um dos cônjuges (art. 1678.º, n.º 1), a da prática por qualquer um dos cônjuges de actos de administração ordinária em relação aos bens comuns (art. 1678.º, n.º 3, 1.ª parte), a da administração conjunta dos bens comuns quanto aos actos de administração extraordinária (art. 1678.º, n.º 3, 2.ª parte)⁹¹⁶.

Como se sabe o art. 1678.º apresenta as regras gerais de administração dos bens do casal. Tais regras são imperativas, não podendo pelos nubentes ser alteradas em convenção antenupcial (art. 1699.º, al. c)). Por comparação com o direito estrangeiro, conclui Antunes Varela, a propósito da imperatividade do regime de administração dos bens do casal, que o direito português privilegiou o princípio da igualdade jurídica sobre o princípio da liberdade negocial e da autonomia privada “em termos que excedem a proclamação do texto constitucional”⁹¹⁷. E isto apesar de o art. 1671.º, n.º 2, permitir aos cônjuges acordar sobre a orientação da vida em comum. De facto, a lei não parece querer permitir que através dos acordos previstos nesse art. 1671.º, n.º 2, os nubentes possam iludir o disposto no art. 1699.º, n.º 1, al. c). O mesmo se passa no direito italiano, no sentido de se evitar que, com base no disposto no art. 160.º do Cód. Civil italiano, os nubentes derroguem por acordo os princípios do regime matrimonial primário.

M.ª Rita Lobo Xavier considera que a proibição de os cônjuges alterarem, por convenção antenupcial, as regras da administração dos bens do casal, se justifica mais pelo facto de aquela ser imutável de que pela consideração de que tal matéria deve estar excluída do âmbito da disponibilidade dos cônjuges. De facto, os contratos que incidam

⁹¹⁴ M.ª Leonor Beleza, “Os efeitos do casamento”, *ob. e loc. cit.*, p. 120.

⁹¹⁵ Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 406.

⁹¹⁶ Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil...*, *cit.*, vol. IV, p. 283.

⁹¹⁷ Antunes Varela, *ob. cit.*, p. 374, nota 2.

sobre relações duradouras e de confiança devem poder ser revogados, o que não aconteceria se os cônjuges convencionassem um qualquer regime de administração por convenção antenupcial. Por isso, defende a autora que tal matéria possa ser retirada do âmbito do estatuto imperativo, no caso de vir a ser abolido o princípio da imutabilidade⁹¹⁸.

A Reforma de 1985 do Cód. Civil francês veio também eliminar os arts. 1505.º a 1510.º do Cód. Civil francês (que permitiam que os esposos, em convenção antenupcial, estipulassem que o marido tivesse a administração dos bens próprios da mulher, apesar do disposto no art. 1428.º do mesmo código), tornando imperativo o princípio da independência recíproca dos cônjuges em relação ao património próprio de cada um (incluindo no âmbito do regime primário, no art. 225.º, a regra da administração singular dos bens próprios com carácter imperativo) e a igualdade dos cônjuges face à administração do património comum⁹¹⁹. Quanto aos bens comuns, eliminando-se o art. 1505.º do Cód. Civil francês, que atribuía a administração dos bens comuns ao marido, estipulou-se o princípio da administração simultânea e isolada de qualquer dos cônjuges (administração disjunta) – art. 1421.º do Cód. Civil francês.

Nos termos do art. 210.º, 3.º, do Cód. Civil italiano, as regras relativas à administração dos bens comuns são inderrogáveis por convenção antenupcial. Visou o legislador fundamentalmente garantir a igualdade jurídica entre os cônjuges, objectivo da Reforma de 1975, afastando-se da supremacia marital, evitando que o marido pudesse administrar sozinho os bens comuns. A exclusão de um dos cônjuges dessa administração só poderá ocorrer nos termos dos arts. 182.º e 183.º do Cód. Civil italiano⁹²⁰.

No direito espanhol, o art. 1375.º do Cód. Civil espanhol permite concluir que aos nubentes ou aos cônjuges é permitido atribuir, por convenção matrimonial, a gestão e a administração dos bens comuns⁹²¹. Em todo o caso, as convenções matrimoniais devem

⁹¹⁸ M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, cit., p. 487, nota 102. Como escreveu a autora (“Reflexões sobre a posição do cônjuge meeiro...”, *loc. cit.*, pp. 87 e 88, nota 3), seria preferível um regime mais liberal, semelhante ao do BGB que oferecesse aos cônjuges a possibilidade de atribuírem a administração dos bens comuns a apenas um deles.

⁹¹⁹ A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., pp. 257-259 e pp. 514 e 515. Sem prejuízo da possibilidade de os cônjuges regularem certas regras de administração em convenção matrimonial, conforme o disposto no art. 1503.º do Cód. Civil francês. Mas não podem os cônjuges estipular, p. ex., que o marido ou a mulher administrará exclusivamente os bens próprios do outro.

⁹²⁰ Bruno de Filippis, *ob. cit.*, pp. 258 e 259.

⁹²¹ López Liz, “Adquisición, administración y disposición de bienes inmuebles en la sociedad conyugal”, *Revista Jurídica de Catalunya*, ano LXXXVIII, n.º 3, 1989, pp. 585 e 586, considera ser perfeitamente admissível a atribuição da administração e poder de disposição a um dos cônjuges. De facto, e em primeiro lugar, pesa sobre o administrador e eventual disponente a obrigação de prestar contas periodicamente (art. 1383.º do Cód. Civil espanhol); em segundo lugar, o outro cônjuge pode requerer o fim da

respeitar o art. 1328.º do Cód. Civil espanhol e, neste caso, o princípio da igualdade dos cônjuges. Por isso, consideram-se nulas as convenções que acordem na atribuição a um dos cônjuges da administração e disposição dos bens comuns a título permanente⁹²².

Por seu lado, o § 1356.º do BGB permite aos cônjuges atribuírem o encargo do governo doméstico a qualquer um deles, sendo este, nesse caso, o único responsável por tal função. Por outro lado, o § 1421.º do BGB dispõe que, ao convencionarem o regime de comunhão, os nubentes devem determinar se a administração do património comum pertence ao marido, à mulher ou a ambos. Caso nada estipulem, determina a lei que ambos o administram conjuntamente. No direito alemão os cônjuges podem celebrar entre si contratos com vista à transferência para um deles dos poderes de administração relativamente ao património que está sob a administração de cada um (os bens próprios, no regime de separação, e os *Vorbehaltgut* e *Sondergut*, no regime de comunhão) (cuja revogação está sujeita à forma das convenções matrimoniais nos termos do § 1413.º do BGB)⁹²³.

Quanto à administração dos bens próprios, e no nosso direito, cabe a cada um dos cônjuges a administração dos seus bens (art. 1678.º, n.º 1), o que se afasta da redacção inicial do Cód. Civil de 1966 onde a mulher só tinha a administração dos seus bens próprios se a reservasse em convenção antenupcial e a título excepcional. Vale, assim,

comunhão de adquiridos, no caso de fraude do cônjuge administrador, de perigo para os seus direitos (art. 1393.º, 2.º, do Cód. Civil espanhol) ou por violação do dever de informação do cônjuge administrador, previsto no § 4.º do art. 1393.º do Cód. Civil espanhol; e, finalmente, porque podem os cônjuges de comum acordo alterar o anteriormente estipulado em convenção matrimonial. Contra, Giménez Duart, "La gestión de la comunidad de gananciales", *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXV, n.º 2, 1982, p. 572. Ávila Alvarez, "El régimen matrimonial español el la reforma del código civil", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1981, pp. 1391 e 1392, considera que podia argumentar-se no sentido de ser possível um acordo para fixar diferentes regras de administração mas não de disposição por, ao contrário do art. 1375.º do Cód. Civil espanhol, o art. 1377.º não salvaguardar regime diferente. Admite, porém, o autor a possibilidade de, por convenção matrimonial, poder alterar-se também as regras de disposição.

⁹²² M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 1544 e 1545 e pp. 1761 e 1943, A. López/V.L. Montés/E. Roca, *et alii*, *ob. cit.*, p. 191, J. González García, "Régimen económico de gananciales (II)", *ob. e loc. cit.*, p. 221, L. Díez-Picazo/A. Gullón, *ob. cit.*, p. 186, e Francisco Javier Sánchez Calero, "El régimen económico del matrimonio (II)", in AAVV, *Curso de Derecho Civil. Derechos de Familia y Sucesiones*, sob a direcção de Francisco Javier Sánchez Calero, *cit.*, p. 172. López Liz, *ob. cit.*, pp. 37 e 38, refere também que a todo o tempo podem os cônjuges alterar a convenção matrimonial, nomeadamente, alterando o regime de livre disposição a apenas um dos cônjuges anteriormente acordado (art. 1325.º do Cód. Civil espanhol). Ávila Alvarez, *loc. cit.*, p. 1376, admite a possibilidade de atribuir por convenção matrimonial a administração dos bens comuns a apenas um dos cônjuges (já que se admite também a livre contratação entre os cônjuges e a possibilidade de alteração da convenção matrimonial e, por isso, poderá não ser a título definitivo, como seria se vigorasse a imutabilidade).

⁹²³ Staudinger, *ob. cit.*, §§ 1363.º-1563.º, § 1413 Rdn. 1-25, pp. 415-420, e Gernhuber/Coester-Waltjen, *ob. cit.*, § 32, IV, 1-6, pp. 352 e 353. Podem de igual modo restringir as limitações à liberdade de administração e disposição (§ 1364.º do BGB) previstas nos §§ 1365.º e 1369.º do BGB. V., MünchKomm - *Gernhuber*, § 1365 Rdn. 99, p. 376, e § 1369, Rdn. 39, p. 402.

quanto à administração dos bens próprios o princípio da administração singular⁹²⁴. Em relação aos bens comuns, a regra é a da administração conjunta (art. 1678.º, n.º 3, 2.ª parte), isto é, ambos os cônjuges administram os bens comuns. A estas regras são, porém, introduzidas excepções no art. 1678.º, n.ºs 2 e 3^{925 926}.

⁹²⁴ O mesmo princípio decorre dos arts. 225.º do Cód. Civil francês e 185.º do Cód. Civil italiano (que remete para o art. 217.º do Cód. Civil italiano relativo à separação de bens). O direito espanhol não tem norma expressa quanto à administração e disposição dos bens próprios no regime de comunhão de adquiridos. Assim, decorre das regras gerais a administração e disposição singular por cada um dos cônjuges dos seus bens próprios, podendo cada um dos cônjuges administrar os bens do outro se tal lhe for conferido (arts. 71.º e 1323.º do Cód. Civil espanhol). No regime de separação de bens dispõe o art. 1437.º do Cód. Civil espanhol, e os arts. 1412.º e 1413.º do Cód. Civil espanhol para o regime de participação nos adquiridos.

⁹²⁵ Quanto aos bens comuns, e excluída, por inconstitucional, a possibilidade de a administração dos bens do casal ser atribuída apenas a um dos cônjuges (marido), poderia ter-se atribuído a cada um dos cônjuges a administração de certa massa de bens, como os que cada um levasse para o casal ou trouxesse ulteriormente para o casal. Outra possibilidade, quanto à regulação da administração dos bens do casal, seria a de ter-se admitido que cada cônjuge administrasse sozinho todo o património comum (administração disjunta ou sistema de gestão por representação mútua) ou exigir a intervenção de ambos para a prática de actos de administração sobre bens comuns (administração conjunta ou sistema de gestão de mão comum) o que seria, do ponto de vista da igualdade, compatível com a CRP. V., M.ª Leonor Beza, *Direito da Família, cit.*, pp. 55 e 56, e “Os efeitos do casamento”, *ob. e loc. cit.*, pp. 122 e 123, onde refere que a lei portuguesa optou, de entre as duas últimas hipóteses, como sabemos, por um sistema misto. V. também, referindo as três formas de gestão dos bens comuns existentes em França, Cornu, *ob. cit.*, pp. 347 e 348. Assim, refere o autor a gestão concorrente (para a generalidade dos actos), a gestão conjunta (para os actos mais importantes) e a gestão exclusiva (para os actos relativos ao exercício de uma profissão – art. 1421.º, 2.º, do Cód. Civil francês). Com as mesmas soluções v., para o direito espanhol, Teodora F. Torres, *loc. cit.*, p. 725.

⁹²⁶ Simplificando o regime de administração e disposição, o art. 225.º do Cód. Civil francês atribui imperativamente a cada um dos cônjuges o poder de administrar e alienar, por si só, em qualquer regime de bens, os seus bens próprios. Em paralelo, nenhum dos cônjuges pode obrigar, por dívidas por si contraídas, e sem mandato do outro cônjuge, os bens próprios deste último, salvo as dívidas *ménagères* previstas no art. 220.º do Cód. Civil francês. O mesmo resulta dos arts. 1428.º, 1536.º e 1569.º do Cód. Civil francês, para os regimes de comunhão, separação e participação nos adquiridos, respectivamente. Porém, também admite o direito francês excepções, resultantes do art. 215.º do Cód. Civil francês (a alienação da casa de morada da família carece sempre do consentimento de ambos os cônjuges, a que deve acrescentar-se o art. 1751.º do Cód. Civil francês em matéria de arrendamento), da concessão de mandato ao outro cônjuge para administrar os bens próprios de um dos cônjuges (arts. 218.º, 1431.º e 1432.º e 1539.º e 1540.º do Cód. Civil francês), e em relação aos actos de gozo dos bens próprios (não referidos no art. 225.º do Cód. Civil francês).

Repare-se que, apesar da regra da administração singular, nos regimes de comunhão, os frutos dos bens próprios são comuns. Pode, por isso, uma má administração afectar a comunhão, podendo haver o recurso aos arts. 220.º-1 e/ou 1429.º do Cód. Civil francês, o que constituiu também uma limitação à livre administração e disposição dos bens próprios. Importa notar que a preocupação de protecção da comunhão está presente na disposição do art. 1429.º do Cód. Civil francês, não existindo semelhante regra quanto ao regime de separação de bens. Limite resulta também do art. L. 411-68 do *Code rural*, determinando que o cônjuge titular do arrendamento carece do consentimento do seu cônjuge, que participa na exploração agrícola, para denunciar, ceder ou obrigar o local arrendado. O mesmo resulta do art. 2.º da Lei 82-596, de 10 de Julho de 1982, onde se exige o consentimento do cônjuge que colabora na empresa comercial, industrial ou artesanal do outro para disposição de certos bens. No regime de participação nos adquiridos resultam limites também dos arts. 1573.º e 1577.º do Cód. Civil francês que regulam o momento da dissolução do regime, e apuramento do crédito de participação, mas têm uma incidência sobre a gestão dos bens.

O direito italiano, assente na diferenciação entre acto de administração ordinária e acto de administração extraordinária, determina, em geral, que para todos os actos de disposição (de bens imóveis ou móveis) considerados de administração extraordinária é necessário o consentimento de ambos os cônjuges, ao passo que os que se qualificarem como de mera administração podem ser praticados por qualquer um dos cônjuges (art. 180.º do Cód. Civil italiano). Daí a relevância na determinação dos conceitos de administração ordinária e extraordinária (v., p. ex., L. Bruscutti, “L’amministrazione dei beni della comunione legale”, in AAVV, *Trattato di diritto privato...*, cit., sob a direcção de Mario Bessone, *cit.*, pp. 250-254). Pelo contrário, cada um dos cônjuges pode administrar e dispor dos seus bens próprios em qualquer regime de bens, podendo conferir mandato ao seu

Assim, à regra da administração singular são introduzidas as excepções das als. e), f) e g) do n.º 2 do art. 1678.º, ou seja, um dos cônjuges pode administrar bens próprios do outro quando se trate de bens móveis que, ainda que próprios do outro, sejam exclusivamente utilizados como instrumento de trabalho pelo cônjuge administrador, no caso de ausência ou impedimento do outro cônjuge ou quando o outro lhe confira, por mandato, poderes de administração⁹²⁷.

A administração conjunta tem como excepção, desde logo, o art. 1678.º, n.º 3, 1.ª parte, que atribui a administração ordinária dos bens comuns a qualquer um dos cônjuges (administração disjunta). Trata-se daqueles actos frequentes onde pode presumir-se a existência de uma espécie de acordo entre os cônjuges, como os actos destinados a prover à conservação dos bens ou a promover a sua frutificação normal. Serão actos de administração extraordinária os que visem promover a frutificação anormal do prédio ou a realização de benfeitorias ou melhoramentos nos bens⁹²⁸.

cônjuge para este os administrar (art. 187.º do Cód. Civil italiano). O referido art. 187.º remete para os §§ 2.º, 3.º e 4.º do art. 217.º do Cód. Civil italiano, devendo, porém, entender-se que o seu § 1.º é também de aplicar ao regime de comunhão, ou seja, cada um dos cônjuges tem o poder de administrar e dispor dos seus bens próprios. É, aliás, o que resulta do art. 179.º do Cód. Civil italiano. V., L. Brusuglia, “L’amministrazione dei beni...”, *ob. e loc. cit.*, pp. 315 e 316, Bruno de Filippis, *ob. cit.*, pp. 281 e 282, e A. Galasso, *ob. cit.*, pp. 383 e 384, que considera a disposição do art. 185.º do Cód. Civil italiano supérflua.

Por seu lado, a regra no direito espanhol é a da administração e disposição conjunta dos bens comuns (arts. 1375.º e 1377.º do Cód. Civil espanhol), salvo as excepções previstas nos arts. 1376.º e segs. do Cód. Civil espanhol. Assim, é necessário o consentimento de ambos os cônjuges para a prática de actos de disposição a título oneroso de bens comuns (art. 1377.º do Cód. Civil espanhol), independentemente da natureza dos bens (móveis ou imóveis) ou do tipo de acto. Repare-se também no art. 324.º do Cód. Civil espanhol, ao dispor que é necessário o consentimento de ambos os cônjuges, se um deles for maior, para que o cônjuge menor possa dispor ou onerar bens imóveis, estabelecimentos comerciais e objectos de valor extraordinário comuns. Se for menor é também necessário o consentimento dos pais ou tutores de cada um. Se o cônjuge maior recusar o seu consentimento será necessária a autorização judicial prevista no art. 1377.º do Cód. Civil espanhol, não sendo suficiente o consentimento dos pais ou tutor (L. Díez-Picazo/A. Gullón, *ob. cit.*, p. 193).

O direito alemão, vigorando como regime supletivo o de participação nos adquiridos (*Zugewinngemeinschaft*), determina que cada um dos cônjuges tem o direito de administrar e dispor do seu património (§ 1364.º do BGB). Porém, mesmo neste regime, determinam os §§ 1365.º e 1369.º do BGB que qualquer dos cônjuges não pode dispor do seu património por inteiro ou na sua totalidade nem do recheio da casa de morada da família sem o consentimento do outro cônjuge. Note-se que estas limitações ao poder de disposição dos §§ 1365.º e 1369.º do BGB são apenas de aplicação aos negócios jurídicos dos cônjuges, ou seja, não se aplicam ao administrador de bens alheios, como é o caso do administrador de insolvência, o administrador de herança, de testamento, etc. (v., MünchKomm - *Gernhuber*, § 1365 Rdn. 52, p. 364, e § 1369, Rdn. 19, p. 398). Também no regime de comunhão geral (*Gütergemeinschaft*) o cônjuge administrador (tendo sido convencionalmente afastada a administração conjunta) não pode dispor da totalidade do património sem o consentimento do outro cônjuge (§ 1423.º do BGB).

⁹²⁷ Como referem Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 408 e 409, nada obsta também a que os dois cônjuges administrem um bem próprio de qualquer deles, desde que o titular do bem tenha concedido poderes de administração ao seu cônjuge, por mandato. De facto, se é permitido ceder a totalidade dos poderes de administração, também o será ceder parte deles, mediante uma co-administração de um bem próprio.

⁹²⁸ Antunes Varela, *ob. cit.*, p. 381. Como refere o autor, na nota 2, entre os poderes compreendidos na administração ordinária cabe a legitimidade processual para intervir nas acções correspondentes aos poderes substantivos do administrador, com excepção dos actos processuais que envolvam disposição de bens ou contracção de obrigações, cuja validade requiera o consentimento de

Como nota Antunes Varela, esta possibilidade de cada um dos cônjuges realizar actos de administração ordinária pode criar problemas na sua aplicação prática. Além de poder criar uma posição de vantagem ao cônjuge mais expedito e menos inibido, a possibilidade de um dos cônjuges realizar actos que o vinculam não só a si mas também ao seu cônjuge constitui, para o autor, uma derrogação do princípio da autonomia privada e da autodeterminação de cada um dos cônjuges⁹²⁹. Por outro lado, a legitimidade de ambos os cônjuges praticarem actos de administração ordinária sobre os bens comuns pode implicar que os dois cônjuges pratiquem actos contraditórios, por desavença ou conluio, com prejuízo de terceiro. Como, p. ex., a venda de uma colheita a pessoas diferentes e por preços diferentes⁹³⁰. É evidente que um conflito destes pode resolver-se pela regra geral, dando prevalência ao primeiro negócio, mas pode também implicar a pressão por parte de terceiros de ambos os cônjuges intervirem no negócio (o que implicaria uma inversão do sistema para a administração conjunta)⁹³¹. Porém, tal situação será, em princípio, excepcional e constitui um risco leve face a um regime que funciona bem na maioria dos casos⁹³².

Por seu lado, o princípio da administração conjunta (ou cogestão) tem sido criticado, sobretudo em França, onde está consagrado nos arts. 1422.º a 1245.º do Cód. Civil francês, para a prática de certos actos, sendo certo que a regra é a da gestão concorrente (ou disjuntiva) (art. 1421.º do Cód. Civil francês). De facto, entende-se que, para salvaguarda do princípio da igualdade, veio afectar-se o princípio da independência dos cônjuges, que estão “atados” um ao outro. Ora, tais limitações resultantes do casamento

ambos os cônjuges, e das acções capazes de acarretar a perda ou oneração de bens que só por ambos os cônjuges possam ser alienados ou onerados (art. 28.º-A do Cód. de Processo Civil).

Como refere Leite de Campos, *Lições...*, *cit.*, p. 423, para que o acto seja de administração ordinária é também necessário que possam ser efectuados pelo casal sem sacrifício económico relevante e sem recurso às suas reservas financeiras, ou seja, actos correntes suportados com rendimentos correntes. O que variará de casal para casal. V., sobre a distinção entre actos de administração ordinária e extraordinária, *supra*, p. 166, nota 424.

⁹²⁹ A mesma afirmação é feita por Beitzke/Lüderitz, *ob. cit.*, p. 89, a propósito do § 1357.º do BGB quanto à possibilidade de um dos cônjuges poder vincular o outro nos negócios destinados à satisfação das necessidades da vida familiar. De facto, como efeito normal do casamento, o poder de auto-determinação, protegido pelo art. 2.º, I, da *Grundgesetz (GG)*, de cada um dos cônjuges implica uma co-responsabilização do outro cônjuge pelas dívidas contraídas ao abrigo do § 1357.º do BGB.

⁹³⁰ Antunes Varela, *ob. cit.*, pp. 381-383. O risco de conflito entre os actos praticados é também referido por Flour/Champenois, *ob. cit.*, pp. 303-305, A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, p. 27, e pp. 207-209, e Rémy Cabrillac, *ob. cit.*, p. 184 (sobretudo nas situações de litígio entre os cônjuges).

⁹³¹ Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 409.

⁹³² A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, pp. 207 e 208. Também G. Oppo, *Persona e famiglia*, *cit.*, pp. 129 e 130, entende que a regra da administração disjunta justifica-se não só no interesse de terceiros como no interesse da família, permitindo que cada um dos cônjuges tenha legitimidade para a prática de actos de administração ordinária.

são inoportunas na época actual, em que esta instituição se encontra ameaçada pela multiplicação dos divórcios e das uniões de facto⁹³³.

A regra resultante do art. 1421.º do Cód. Civil francês é a da administração concorrente⁹³⁴. Cada um dos cônjuges pode praticar os actos de administração ordinária sobre os bens comuns sem o consentimento do outro (p. ex., cultivar as terras, vender as colheitas, realizar actos de conservação dos bens, reparar os bens, depositar os rendimentos numa conta bancária, emprestá-los, etc.). Significa isto que qualquer um dos cônjuges pode, por si só, exercer os direitos relativos aos bens comuns em acções judiciais e os terceiros podem accionar um só dos cônjuges⁹³⁵. A regra comporta as excepções previstas nos arts. 1422.º a 1425.º do Cód. Civil francês⁹³⁶.

O direito italiano seguiu o mesmo entendimento vigente entre nós, ou seja, atribuiu-se a administração a ambos os cônjuges, devendo esta exercer-se conjuntamente em relação aos actos de natureza extraordinária e à concessão ou aquisição de direitos pessoais de gozo⁹³⁷, e disjuntamente face aos actos de administração ordinária (art. 180.º do Cód. Civil italiano)⁹³⁸. E estas regras são inderrogáveis, nos termos do art.

⁹³³ A regra da administração conjunta foi sugerida na Reforma de 1985. Acabou, porém, por ser afastada por onerar de maneira excessiva o funcionamento do regime matrimonial (A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., pp. 24 e 25).

L. Brusuglia, “L’amministrazione dei beni...”, *ob. e loc. cit.*, pp. 261 e 262, fala de poder de veto do cônjuge que se opõe ao acto de administração que o outro pretende realizar, quando se trata de administração conjunta, podendo paralisar a gestão da comunhão, além de gerar insegurança face a terceiros que com um dos cônjuges contratem. Também Jannelli, “L’amministrazione dei beni della comunione legale”, in AAVV, *Manuale del nuovo Diritto di Famiglia*, cit., sob a direcção de G. Cassano, pp. 581 e 582. Para evitar tal paralisia, a lei prevê mecanismos pelos quais a vontade de um dos cônjuges prevalece (arts. 181.º a 183.º do Cód. Civil italiano) (De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia...*, cit., p. 518).

⁹³⁴ Aquilo a que Malaurie/Aynès, *Les régimes matrimoniaux*, cit., p. 192, chamam de “*aigle à deux têtes*”.

⁹³⁵ M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 146 e 147, e A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., pp. 212 e 213.

⁹³⁶ O art. 1421.º, 2.º, do Cód. Civil francês, determina também uma excepção à regra da administração disjunta dos bens comuns, ao fixar a administração exclusiva dos bens relativos ao exercício da profissão separada do cônjuge (ainda que comuns). Também o direito belga prevê como regra a administração disjunta (art. 1416.º do Cód. Civil belga), mas admite algumas excepções onde se exige o consentimento de ambos os cônjuges (arts. 1417.º, 1418.º e 1419.º do Cód. Civil belga). V., Léon Raucent, *Droit patrimonial de la famille...*, cit., n.ºs 144 e segs.

⁹³⁷ Visa-se, assim, assegurar que o cônjuge mais débil tenha uma efectiva participação nas decisões de gestão mais importantes (Schlesinger, “Del regime patrimoniale della famiglia...”, *ob. e loc. cit.*, sob a direcção de Cian/Oppo/Trabucchi, p. 166).

⁹³⁸ A doutrina italiana discute a questão de saber onde enquadrar, para efeitos do art. 180.º do Cód. Civil italiano, os actos de aquisição de bens que integram a comunhão, nos termos do art. 177.º, al. a), do Cód. Civil italiano, ou seja, saber se são actos de administração ordinária ou extraordinária. Entende-se que qualquer um dos cônjuges pode dispor dos seus bens para adquirir bens que integram a comunhão (e aqui não está em causa a administração dos bens comuns). Quando dispõe de bens comuns para adquirir outros que também integram a comunhão, é aceite que, de acordo com o art. 177.º, al. a), do Cód. Civil italiano, tal aquisição corresponde aos poderes ordinários que o art. 180.º do Cód. Civil italiano confere a qualquer um dos cônjuges (v., p. ex., De Paola/Macri, *ob. cit.*, pp. 163 e 164, e De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia...*, cit., pp. 532 e 533, e *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato...*, cit., pp. 626 e 627, e F. Galgano, *ob. cit.*, p. 115).

Pode acontecer que um dos cônjuges adquira bens (comuns) que o outro administra. Não podendo requerer a anulação do acto, dado que não carece do consentimento do cônjuge (o art. 184.º do Cód. Civil italiano fala em actos de disposição e não de aquisição,

160.º do mesmo código, ao dispor que os nubentes não podem derrogar nem os direitos nem os deveres previstos na lei como efeitos do casamento⁹³⁹.

Por seu lado, a regra no direito espanhol é a da administração conjunta dos bens comuns (art. 1375.º do Cód. Civil espanhol), mas com excepções⁹⁴⁰. De facto, além de poder estipular-se em convenção matrimonial regra diferente, os arts. 1376.º e segs. do Cód. Civil espanhol fixam várias excepções. São excepções legais à administração e disposição conjunta de bens comuns a possibilidade que cada um dos cônjuges tem de utilizar valores comuns (resultantes de rendimentos obtidos pelo cônjuge na sua actividade própria e que integram a comunhão) necessários, de acordo com os usos e a situação familiar, para o exercício da sua profissão⁹⁴¹ ou administração ordinária dos seus bens, sem o consentimento do outro cônjuge mas com o seu conhecimento (art.

salvo nos casos de direitos pessoais de gozo), pode o cônjuge que adquiriu requerer a exclusão do outro por má administração, nos termos do art. 183.º do Cód. Civil italiano. Porém, se se trata de actos de disposição de bens comuns, excede os poderes de mera administração (em princípio), podendo o outro cônjuge, tratando-se de bens imóveis ou móveis sujeitos a registo, requerer a anulação do acto de disposição (art. 184.º do Cód. Civil italiano). V., T. Auletta, *Il diritto di famiglia, cit.*, p. 174, A. Natucci, *loc. cit.*, pp. 126 e 127, e L. Brusculgia, “L’amministrazione dei beni...”, *ob. e loc. cit.*, pp. 247-250.

As regras referidas são também aplicáveis ao fundo patrimonial, por força do disposto no art. 168.º, 3.º, do Cód. Civil italiano, às quais acresce, quanto à disposição dos bens do fundo, o art. 169.º do Cód. Civil italiano, que exige o acordo de ambos os cônjuges, a autorização judicial no caso de haver filhos menores, e apenas em caso de necessidade e utilidade evidentes. Entende-se ainda, e não obstante a remissão ampla para as regras da administração dos bens do casal, que não será de aplicar ao fundo o art. 184.º, 3.º, do Cód. Civil italiano, dado que os bens móveis não sujeitos a registo não podem constituir o fundo patrimonial (Franco Carresi, “Del fondo patrimoniale”, in AAVV, *Commentario al diritto italiano della famiglia, cit.*, sob a direcção de Cian/Oppo/Trabucchi, pp. 355 e 356).

⁹³⁹ Rodolfo Sacco, “Regime patrimoniale della famiglia”, in AAVV, *Commentario alla riforma del diritto di famiglia, cit.*, sob a direcção de Carraro/Oppo/Trabucchi, vol. I, tomo I, p. 326, afirma que esta disposição implica que a mulher não pode conferir ao marido um mandato irrevogável para que este administre todos os bens, já que atribuiria ao marido poderes de gestão incompatíveis com a igualdade dos cônjuges. Por isso, entende o autor que o art. 160.º do Cód. Civil italiano vai além da área das convenções matrimoniais, regendo toda a área dos negócios unilaterais, bem como dos contratos de Direito comum. V. também, Schlesinger, *ob. e loc. cit.*, sob a direcção de Carraro/Oppo/Trabucchi, pp. 418 e 419. Aliás, e quanto à adopção do regime de comunhão convencional, o art. 210.º, 3.º, do Cód. Civil italiano, determina que as normas da administração dos bens do casal aplicáveis à comunhão legal são inderrogáveis.

⁹⁴⁰ O art. 1377.º do Cód. Civil espanhol fixa a mesma regra quanto aos actos de disposição. Reconhece-se que a regra da administração conjunta, ainda que salvaguardando o princípio da igualdade entre os cônjuges, pode implicar um grave entorpecimento da vida jurídica e económica e, por isso, estabeleceu a lei as excepções à mesma regra (M. Amorós Guardiola, *et alii, ob. cit.*, p. 1761, e Gardezabal del Río, *ob. e loc. cit.*, p. 165). A. Rodriguez Adrados, *loc. cit.*, p. 222, referia, antes da Reforma de 1981, que o princípio da administração conjunta, ao exigir o consentimento de ambos os cônjuges para todos os actos de administração, não parecia viável. O peso excessivo da administração conjunta é também referido por Dieter Giesen, *ob. cit.*, p. 179, a propósito da administração dos bens comuns por ambos os cônjuges. Por isso, refere o autor ser provável e frequente a concessão de mandato por um dos cônjuges ao outro.

⁹⁴¹ O regime do Cód. Civil, estipulando a administração e disposição conjuntas dos bens comuns, deve articular-se com o *Código do Comercio*, que permite que o cônjuge comerciante aliene e hipoteque os bens comuns adquiridos no exercício do comércio (art. 6.º). O regime não se afasta do art. 1382.º do Cód. Civil espanhol que permite que qualquer dos cônjuges possa dispor de valores comuns necessários para o exercício da sua profissão (seja comercial ou não). V., Camino Sanciñena Asurmendi, *ob. cit.*, pp. 243 e 244.

1382.º do Cód. Civil espanhol)⁹⁴²; o exercício da defesa, judicial ou extrajudicial, dos bens e direitos comuns por via de acção ou excepção (art. 1385.º, 2.º, do Cód. Civil espanhol), podendo, por isso, demandar-se apenas um dos cônjuges para a referida defesa⁹⁴³; a possibilidade de realizar gastos urgentes de carácter necessário (evitando um perigo para a vida ou saúde de qualquer dos membros da família ou dos seus bens próprios ou dos bens comuns - art. 1386.º do Cód. Civil espanhol)⁹⁴⁴; a administração e disposição dos frutos e produtos dos bens próprios de cada cônjuge (art. 1381.º do Cód. Civil espanhol)⁹⁴⁵; administração de bens e disposição de dinheiro ou valores titulados por um dos cônjuges (art. 1384.º do Cód. Civil espanhol)⁹⁴⁶; exercício de direitos de

⁹⁴² Apesar de a lei falar em antecipação de bens comuns, não há qualquer obrigação de reembolso por parte do cônjuge que utiliza os referidos valores, pois trata-se de uma provisão de fundos para gastos da comunhão. De facto, os gastos em causa são dívidas comuns, nos termos do art. 1362.º, 3.º e 4.º, do Cód. Civil espanhol, devendo a comunhão suportá-los. Contra, Lledó Yagüe, *et alii*, *ob. cit.*, p. 257.

Não sendo necessário o consentimento, é necessário o conhecimento por parte do outro cônjuge, sob pena de incumprimento do dever de informação disposto no art. 1383.º do Cód. Civil espanhol, para efeitos de dissolução da comunhão (art. 1393.º, 4.º, do Cód. Civil espanhol) (Lledó Yagüe, *et alii*, *ob. cit.*, p. 257).

⁹⁴³ Contudo, e para evitar uma fraude à regra da administração conjunta, esta defesa não pode ser entendida em termos tão amplos que abranja as situações em que os cônjuges realizaram, p. ex., um contrato conjuntamente ou um com o consentimento do outro. Neste caso, os cônjuges devem intervir ambos processualmente. A jurisprudência espanhola distingue as acções reais (que devem ser intentadas contra ambos os cônjuges) e as obrigacionais (dirigidas contra o cônjuge interveniente no contrato). Por outro lado, se um cônjuge pode actuar sozinho para a constituição de uma relação jurídica não tem sentido exigir a intervenção do outro a título processual. A defesa dos bens comuns ocorre normalmente no caso de execução por dívidas de um cônjuge quando o credor penhora bens comuns. O cônjuge não devedor embarga com fundamento na não comunicabilidade da dívida, recorrendo à *tercería de dominio*, a que já fizemos referência.

⁹⁴⁴ Manuel Albaladejo, *Curso de Derecho Civil...*, *cit.*, p. 182, considera que esses gastos não são apenas um desembolso de dinheiro, mas também, p. ex., a contracção de uma dívida para pagamento ulterior. Também M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, p. 1774. Permite-se que qualquer um dos cônjuges realize tais actos de administração, mesmo extraordinários, desde que urgentes e necessários. Por isso, os gastos decorrentes desta necessidade são dívidas comuns (art. 1362.º, 1.º, 2.º, e 3.º, do Cód. Civil espanhol). V., Teodora F. Torres, *loc. cit.*, pp. 754 e 755.

⁹⁴⁵ Os frutos dos bens próprios são bens comuns. Contudo, cada cônjuge, como administrador do seu próprio património, poderá dispor de tais frutos e produtos.

⁹⁴⁶ Visa-se essencialmente proteger terceiros que contrataram com o cônjuge em causa e que acreditaram na aparência criada pela titularidade do bem ou valor em causa. Tratando-se de actos de administração são válidos os actos sobre todos os bens (móveis ou imóveis, com salvaguarda dos bens móveis que constituem o recheio da casa de morada da família, bem como os actos de disposição dos direitos sobre esta (art. 1320.º do Cód. Civil espanhol) – v., Teodora F. Torres, *loc. cit.*, p. 757). Exige-se evidentemente que seja realizado pelo cônjuge que figure como único titular do bem nos documentos aquisitivos do mesmo, ou que figure como titular único no registo ou que seja possuidor do bem (M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, p. 1771). Se se trata de actos de disposição, o seu âmbito limita-se ao dinheiro (dada a sua fungibilidade e porque a sua posse e propriedade se confundem) e outros valores (respeitando-se as regras da sua circulação, ou seja, se se trata de títulos nominativos ou à ordem é o cônjuge que nele figura como titular que pode praticar os actos de disposição; tratando-se de títulos ao portador é o seu possuidor que os pode alienar). A referência ao dinheiro abrange todas as formas que possa assumir, ou seja, contas correntes, certificados de aforro, depósitos bancários, etc. Em rigor, no caso dos depósitos a propriedade do dinheiro é substituída por um direito de crédito à restituição da quantia pela entidade bancária, integrando, por isso, a previsão do art. 1385.º do Cód. Civil espanhol (Gardeazabal del Río, *ob. e loc. cit.*, p. 191). A possibilidade de o cônjuge administrar e dispor livremente de tais valores não afasta a eventual compensação devida à comunhão no momento da liquidação da mesma, dado tais valores serem comuns.

crédito (nomeadamente, contas bancárias) pelo cônjuge em cujo nome se constituíram (art. 1385.º, 1.º, do Cód. Civil espanhol); realização de liberalidades de uso, nos termos do art. 1378.º, 2.ª parte, do Cód. Civil espanhol⁹⁴⁷. Pode ainda acrescentar-se como excepção, a possibilidade, prevista no art. 6.º do *Código do Comercio*, de o cônjuge comerciante alienar e hipotecar os bens comuns adquiridos no exercício do comércio (sem prejuízo de o mesmo comerciante beneficiar, quanto aos restantes bens comuns, das excepções referidas)⁹⁴⁸.

Parece desviar-se da regra da administração ordinária disjunta o caso da administração de uma quota social que, por força do regime de bens do casamento, seja bem comum do casal. Segundo M.ª Rita Lobo Xavier, a atribuição a qualquer dos cônjuges de legitimidade para a prática de actos de administração ordinária em relação a uma participação social seria prejudicial e inconveniente ao normal desenrolar da vida societária⁹⁴⁹. Procurou-se evitar esta situação perturbadora do ponto de vista da sociedade e o art. 8.º, n.º 2, do Cód. das Sociedades Comerciais, determina que só tem legitimidade para a prática de actos de administração ordinária sobre a quota comum aquele dos cônjuges que figura nominalmente nos estatutos da sociedade ou no acto pelo qual a referida quota entrou para a comunhão. Mas repare-se que se trata apenas

⁹⁴⁷ É também excepção à regra da administração conjunta, a possibilidade de qualquer um dos cônjuges realizar actos de administração e de disposição de bens comuns para suprir necessidades da vida familiar, nos termos do art. 1319.º do Cód. Civil espanhol (Carlos Lasarte, *ob. cit.*, pp. 219 e 220, Camino Sanciñena Asurmendi, *ob. cit.*, p. 240, nota 622, e Teodora F. Torres, *loc. cit.*, pp. 744-752).

⁹⁴⁸ Camino Sanciñena Asurmendi, *ob. cit.*, pp. 241 e 242.

⁹⁴⁹ M.ª Rita Lobo Xavier, “Reflexões sobre a posição do cônjuge meeiro...”, *loc. cit.*, p. 100. Refere a autora que, por força do Direito das Sociedades, o problema da administração da quota social estaria resolvido. De facto, nas relações com a sociedade só um dos cônjuges é considerado como sócio, só esse devendo ser admitido a participar na vida social, exercendo os direitos e cumprindo os deveres inerentes à quota comum. Porém, uma coisa é a qualidade de sócio e outra a administração de uma quota (p. 91). Numa altura em que o marido era o administrador dos bens do casal, tornava-se complicado conciliar a eventual qualidade de sócia da mulher com os poderes de administração do marido. De facto, como permitir a intrusão de um estranho (o marido) na administração da quota da sociedade de que a mulher era sócia, sobretudo se se tratava de uma sociedade de pessoas, onde o carácter *intuitus personae* era mais forte? Pronunciando-se no sentido de que o marido continuava o administrador, v., Pires de Lima, “Administração da mulher casada...”, *loc. cit.*, pp. 278-281.

Por seu lado, A. Lopes Cardoso, *A Administração dos Bens...*, *cit.*, p. 127 e pp.147-152, defendia que ao cônjuge administrador competia exercer os direitos sociais inerentes a um quinhão social que administre, mesmo que não seja sua propriedade, ou até bem próprio do outro cônjuge. O exercício do direito de voto é um mero poder de administração e, por isso, mesmo tratando-se de quota própria do que não administra, este não precisava de prestar o seu consentimento ao outro para este efeito. Em todo o caso, sempre importaria aferir se a deliberação em causa não importava dissolução da sociedade, já que aqui o consentimento do cônjuge proprietário era necessário, dado tratar-se de uma autêntica alienação. E o mesmo se diga quanto à deliberação de amortizar a quota própria do cônjuge que não administrava (uma vez que tal deliberação conduzia à extinção da quota). Trata-se dos actos de administração extraordinária de uma participação social que, nos termos do art. 1678.º, n.º 3, 2.ª parte, estão sujeitos à regra da administração conjunta. Ou seja, tais actos só podem ser praticados por ambos os cônjuges ou por um com o consentimento do outro (M.ª Rita Lobo Xavier, “Reflexões sobre a posição do cônjuge meeiro...”, *loc. cit.*, pp. 111-113).

das relações com a sociedade, nada se modificando nas relações externas. Por isso, e apesar de o cônjuge administrador da quota social comum, ter, em princípio, poderes que vão além da simples administração, abrangendo mesmo poderes de disposição, tal não será exactamente assim, carecendo o cônjuge sócio do consentimento do outro cônjuge para alienar ou onerar a participação social (art. 1682.º, n.º 1)⁹⁵⁰. O mesmo acontece em relação à prática de actos de administração extraordinária (que, como sabemos, não coincidem exactamente com os actos de disposição), para os quais, e apesar da qualidade de sócio ser atribuída a apenas um dos cônjuges, é preciso o consentimento do cônjuge não sócio (art. 1678.º, n.º 3, 2.ª parte)⁹⁵¹. O consentimento do não sócio só será, portanto, exigido para que o sócio possa votar validamente uma deliberação social, quando o exercício do direito de voto envolver um acto de administração extraordinária da quota comum.

O mesmo entendimento é seguido em França, onde, e apesar de o art. 1832.º-2 do Cód. Civil francês reconhecer a qualidade de sócio apenas ao cônjuge que realizar a entrada ou adquirir a participação social e apenas exija a informação ao outro cônjuge, mantém-se a necessidade de participação de ambos os cônjuges para a alienação ou oneração de tal participação social, se esta constituir um bem comum, se se tratar de disposição de direitos sociais⁹⁵². Por seu lado, no direito italiano, os direitos sociais ligados a uma quota social comum só podem ser exercidos pelo cônjuge formalmente investido na qualidade de sócio⁹⁵³. Também no direito espanhol, a disposição de

⁹⁵⁰ De facto, qualificando-se a quota como um bem móvel (arts. 204.º e 205.º), o cônjuge administrador teria poderes de disposição (art. 1682.º, n.º 2). Tal poderá acontecer se um dos cônjuges utilizar exclusivamente a quota comum como instrumento de trabalho (p. ex., quando o cônjuge é um dos sócios-gerentes de uma sociedade por quotas e essa é a sua actividade profissional), situação em que o poderes de administração resultam do art. 1678.º, n.º 2, al. e), e os poderes de disposição do art. 1682.º, n.º 2.

⁹⁵¹ Seguimos o entendimento de M.ª Rita Lobo Xavier, “Reflexões sobre a posição do cônjuge meeiro...”, *loc. cit.*, pp. 117 e 118. O problema que podia colocar-se, e que é levantado pela autora, é o de aferir as consequências da prática de um acto de administração extraordinária sobre a quota social comum sem o consentimento do cônjuge. À partida, teríamos a anulação do acto (art. 1687.º, n.º 1). Porém, articulando com o art. 59.º do Cód. das Sociedades Comerciais, conclui-se que o cônjuge não sócio não tem legitimidade para arguir a anulabilidade de uma deliberação social. Admite, porém, a autora a possibilidade de não sócios exercerem direitos sociais, possibilitando, assim, ao cônjuge não sócio a anulação da referida deliberação. Isto por analogia com o art. 227.º, n.º 3, do Cód. das Sociedades Comerciais, que permite aos sucessores de um sócio falecido exercerem certos direitos sociais, embora não sejam sócios (pp. 118-126).

⁹⁵² A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, pp. 222 e 232. Entende-se que o art. 1424.º do Cód. Civil francês, que exige o concurso de ambos os cônjuges para alienar ou onerar direitos sociais negociáveis, não se aplica, porém, às participações sociais em sociedades por acções. Tal posição tem sido criticada, pois se a alienação de acções cotadas na bolsa fizer perder a maioria que a comunhão detinha na sociedade, perdê-la será o mesmo que alienar a empresa.

⁹⁵³ V., M. Dogliotti, “La comunione legale”, *ob. e loc. cit.*, p. 247. O que pode acontecer é a atribuição por parte da sociedade da contitularidade formal ao cônjuge meeiro, situação em que, face ao art. 180.º do Cód. Civil italiano, importará aferir se o acto concreto é um acto de administração ordinária ou extraordinária, para efeitos de se exigir o consentimento do outro cônjuge. V. também, Antonio Jannarelli, “Impresa e società nel nuovo diritto di famiglia”, *For. it.*, ano CII, V, 1977, p. 282. Franco Anelli,

participações sociais não fica sujeita à regra da administração e disposição conjunta, sendo de incluir na exceção do art. 1384.º do Cód. Civil espanhol, ao falar em disposição de valores titulados por um dos cônjuges⁹⁵⁴. No direito alemão, mesmo que vigore entre os cônjuges o regime da comunhão geral, se uma participação social numa sociedade por quotas fizer parte dos *Sondergut* ou dos *Vorbehaltsgut* de um dos cônjuges, só ele é sócio e só ele a administra, podendo livremente dispor dela⁹⁵⁵. Se a quota ingressar nos bens comuns (§ 1416.º do BGB), são os cônjuges considerados ambos como sócios, aplicando-se as regras da administração dos bens do casal, ou seja, e se nada for estipulado em contrário, a administração é conjunta.

Portanto, as regras do Direito societário interferem não só com o problema da responsabilidade por dívidas, mas também com as regras de administração dos bens do casal.

Constituem também desvios à regra da administração conjunta dos bens comuns aquelas situações em que os bens, apesar de comuns, são administrados por um dos cônjuges, quer por terem com esse cônjuge uma ligação privilegiada, quer porque o outro cônjuge está ausente ou impedido de os administrar ou tenha conferido àquele, por mandato revogável, poderes de administração. Refere o n.º 2 do art. 1678.º essas exceções.

Assim, cada um dos cônjuges tem a administração exclusiva dos proventos que receba pelo seu trabalho (al. a)). Os bens em causa são, nos regimes de comunhão, comuns (arts. 1724.º, al. a), e 1734.º), mas é o cônjuge que os auferir que os administra⁹⁵⁶. Nos proventos do trabalho incluem-se as remunerações, certas ou

“L’amministrazione della comunione legale”, in AAVV, *Trattato di Diritto di Famiglia de Paolo Zatti...*, ob. cit., p. 307, não deixa de referir que face à sociedade é o cônjuge titular que exerce os respectivos direitos, mas sem esquecer que nas relações internas entre os cônjuges importa atender ao art. 180.º do Cód. Civil italiano, nomeadamente, exigindo o consentimento de ambos os cônjuges para a alienação da participação social.

⁹⁵⁴ Garrido de Palma, “La economía de la familia. Capitulaciones matrimoniales y el régimen económico matrimonial”, in AAVV, *Instituciones de derecho privado...*, cit., p. 249.

⁹⁵⁵ Como escreve M.ª Rita Lobo Xavier, “Reflexões sobre a posição do cônjuge meeiro...”, loc. cit., p. 49, problema discutido é o de saber se a incomunicabilidade de uma quota pode resultar do contrato de sociedade. De facto, a doutrina alemã divide-se entre os autores que consideram que tal poderá decorrer do contrato de sociedade e os que entendem que a qualificação de uma quota como *Sondergut* não pode resultar das regras estatutárias.

⁹⁵⁶ O mesmo dispõe, de forma imperativa e para todos os regimes de bens, o art. 223.º do Cód. Civil francês. Não obstante os ganhos profissionais serem comuns nos regimes de comunhão é o cônjuge que os auferir que os administra e pode deles dispor (desde que satisfeita a contribuição para os encargos da vida matrimonial) – art. 1421.º, 2.º, do Cód. Civil francês. Por essa razão, pelas dívidas próprias de um dos cônjuges respondem não só os seus bens próprios mas também os seus “*revenus*” (art. 1411.º do Cód. Civil francês).

O art. 1381.º do Cód. Civil espanhol estipula que o cônjuge, como administrador do seu próprio património, pode dispor dos frutos e produtos do referido património ainda que comuns, mas não refere o mesmo quanto aos rendimentos do trabalho (Lledó

variáveis, percebidas no desempenho de uma actividade por conta de outrem (salários, abonos, ordenados, prémios, subsídios, etc.) ou no exercício de uma profissão liberal (honorários, avenças, etc.)⁹⁵⁷. Já não cabem, todavia, na esfera da administração exclusiva do cônjuge que as percebe as importâncias recebidas, não como remuneração do trabalho, mas como lucro da actividade comercial ou industrial exercida por conta própria⁹⁵⁸.

Não refere a lei o mesmo para os frutos dos bens próprios, pelo que a estes não será de aplicar a regra da administração exclusiva do cônjuge titular do bem⁹⁵⁹. A doutrina francesa, na dúvida da lei, defende esta administração exclusiva também no caso dos frutos de bens próprios⁹⁶⁰. A lei não refere também os rendimentos do capital, nem as somas que sejam simultaneamente rendimentos do trabalho e do capital, pelo que não estão sujeitas à administração exclusiva⁹⁶¹.

Cada um dos cônjuges tem também a administração exclusiva dos seus direitos de autor (al. b))⁹⁶², dos bens comuns que levou para o casal ou adquiriu depois do casamento a título gratuito e dos sub-rogados em lugar deles (al. c))⁹⁶³, dos bens que

Yagüe, *et alii*, *ob. cit.*, p. 256). Essa referência consta, porém, no art. 1382.º do Cód. Civil espanhol, permitindo ao cônjuge utilizar valores monetários (dinheiro) para o exercício da sua profissão ou administração dos seus próprios bens.

⁹⁵⁷ O direito francês fala, no art. 223.º do Cód. Civil francês, de *ganhos e salários*, para traduzir as duas vertentes analisadas no texto, ou seja, toda a remuneração periódica resultante de uma actividade subordinada (salário) e os recursos resultantes de actividades não subordinadas, sejam liberais, comerciais, industriais ou agrícolas (ganhos). V., Aubry/Rau, *ob. cit.*, pp. 69 e 70, e Simler, “La mesure de l’indépendance des époux dans la gestion des gains et salaires”, *Indépendance financière...*, *cit.*, pp. 60 e 61.

Como refere Antunes Varela, *ob. cit.*, p. 377, nota 2, o facto de um cônjuge ter a administração de tais bens (e a sua livre disposição – art. 1682.º, n.º 2) não afasta a natureza comum dos mesmos. Estão, por isso, sujeitos à compensação fixada no n.º 4 do art. 1682.º e devem ser partilhados no momento da cessação das relações patrimoniais entre os cônjuges.

⁹⁵⁸ Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil...*, *cit.*, vol. IV, p. 283.

⁹⁵⁹ Sobre esta questão, Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 410, questionam-se sobre a possibilidade de alargar o regime da administração exclusiva aos frutos dos bens próprios, pela mesma razão que justifica a al. a) do n.º 2 do art. 1678.º.

⁹⁶⁰ Terré/Simler, *ob. cit.*, p. 391.

⁹⁶¹ Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil...*, *cit.*, vol. IV, p. 283.

⁹⁶² Trata-se dos direitos patrimoniais de autor, dado que os pessoais são incommunicáveis como direitos estritamente pessoais e são administrados pelo seu titular (art. 1733.º, n.º 1, al. c)) - Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 411. Tal como o caso da al. a), também os bens desta al. b) eram já confiados pela lei anterior à administração da mulher, quando por ela obtidos (art. 1678.º, n.º 2, al. g), do Cód. Civil de 1966). Repare-se que apenas estão em causa os direitos de autor e não outros direitos semelhantes, como os direitos de propriedade industrial (A. Lopes Cardoso, *A Administração dos Bens...*, *cit.*, pp. 78 e 79).

⁹⁶³ Segundo Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 411, apesar da lei não mencionar os rendimentos destes bens, é razoável incluí-los. Por um lado, por identidade de razão com a al. a) já referida e, por outro lado, pela sugestão apresentada no art. 1696.º, n.º 2, al. a), que manda responder os rendimentos ao lado dos bens levados para o casamento ou posteriormente adquiridos a título gratuito, por dívidas da exclusiva responsabilidade do titular, indiciando, assim, a respectiva administração (M.ª Leonor Beza, “Os efeitos do casamento”, *ob. e loc. cit.*, pp. 124 e 125).

Tal como a propósito do art. 1696.º, n.º 2, al. c), também aqui a sub-rogação vale em qualquer das suas modalidades (troca directa, preço dos bens alienados, troca indirecta) e pode ser provada por qualquer meio, não sendo de observar aqui os requisitos do art. 1723.º, al. c). Contra, parecem pronunciar-se Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil...*, *cit.*, vol. IV, p. 285, e Antunes

tenham sido doados ou deixados a ambos os cônjuges com exclusão da administração do outro cônjuge, salvo se se tratar de bens doados ou deixados por conta da legítima⁹⁶⁴ desse outro cônjuge (al. d)), dos móveis comuns por ele exclusivamente utilizados como instrumento de trabalho (al. e)), de todos os bens do casal, se o outro cônjuge se encontrar ausente ou impedido de administrar (al. f)) e de todos os bens do casal ou de parte deles, se o outro cônjuge lhe conferir, por mandato revogável, esse poder (al. g)).

A propósito da al. d), Pamplona Corte-Real levanta a dúvida quanto ao apuramento temporal e eficácia da situação ressalvada na norma. De facto, o testamento só é aberto depois da morte do autor da sucessão e o regime da administração pode ficar eventualmente indefinido até esse momento, além de que a doação ou a deixa podem exceder a legítima ou podem ser imputadas nesta (e não por conta da mesma). E igual desarticulação está patente nos arts. 1729.º, n.º 2, e 1888.º, n.º 2⁹⁶⁵.

Quanto à referida al. e), o objectivo visado é que o cônjuge utilize os instrumentos de trabalho com a necessária liberdade para tomar sozinho decisões que podem ser de administração extraordinária ou de disposição (art. 1682.º, n.º 2)⁹⁶⁶. Não podemos esquecer, seguindo Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, que um cônjuge não pode, por si só, iniciar a utilização exclusiva, no exercício da sua profissão, de bens que são comuns. Ou seja, o iniciar a utilização de um bem móvel comum como instrumento de

Varela, *ob. cit.*, p. 378, ao dizer que o poder de administração do cônjuge estende-se aos bens sub-rogados, valendo para a sub-rogação o conceito amplo resultante do disposto no art. 1723.º.

Na redacção do art. 1678.º de 1966, o poder de administração exclusiva da mulher relativamente a estes bens só era reconhecido quando tal direito lhe tivesse sido reservado na convenção antenupcial. Segundo Antunes Varela, *ob. cit.*, p. 378, a Reforma de 1977 prescindiu desse requisito, em relação a qualquer um dos cônjuges, “com algum prejuízo para a *segurança* dos actos de administração que envolvam tais bens, visto ser geralmente difícil a terceiros saber se os móveis foram trazidos para o casal por um dos cônjuges ou foram adquiridos a título gratuito na constância do casamento”.

A norma em causa tem, porém, pouco relevo prático, dado que no regime supletivo os bens em causa são próprios e, por isso, vale a regra da administração singular do n.º 1 do art. 1678.º.

⁹⁶⁴ Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil...*, *cit.*, vol. IV, p. 285, entendem que esta restrição não vale no caso de legado em substituição da legítima. Também Antunes Varela, *ob. cit.*, p. 379. Repare-se que a referência à legítima é em sentido contrário à anteriormente feita pelo Código Civil de 1966, que permitia ao doador ou testador de bens à mulher excluir a administração do marido, ainda que a doação ou testamento fosse por conta da legítima. É que, em princípio, tais bens eram administrados pelo marido e, por isso, era determinado que os bens eram deixados por conta da legítima de quem os ia administrar (M.ª Leonor Beleza, “Os efeitos do casamento”, *ob. e loc. cit.*, p. 125).

⁹⁶⁵ Pamplona Corte-Real, *ob. cit.*, p. 38.

⁹⁶⁶ V., Braga da Cruz, “Capacidade patrimonial...”, *loc. cit.*, p. 359, e A. Lopes Cardoso, *A Administração dos Bens...*, *cit.*, p. 74. Como entende Antunes Varela, *ob. cit.*, p. 376, a administração de tais bens neste caso não constitui apenas uma faculdade, mas também um encargo, ou seja, “um dever jurídico que persiste, enquanto não cessar a utilização da coisa por um dos cônjuges como seu instrumento *exclusivo* de trabalho”.

trabalho requer a colaboração do outro cônjuge, decidindo ambos nesse sentido⁹⁶⁷. Não pode um dos cônjuges começar a administrar sozinho um bem comum, com base numa decisão unilateral que tome sobre o exercício de certa profissão e sobre a utilização de um bem móvel comum que use nesse exercício. Depois do acordo inicial de ambos os cônjuges, é conferida por lei a administração exclusiva desse bem ao cônjuge em causa, garantindo-lhe a necessária liberdade para o melhor desempenho da sua profissão. Repare-se ainda que, ao contrário do que acontece com a concessão de um mandato, o outro cônjuge não pode revogar a utilização que deu nem o cônjuge que administra tem de prestar contas da sua administração (art. 1681.º, n.º 1)⁹⁶⁸.

Em relação à exceção prevista na al. f) do n.º 2 do art. 1678.º, a letra da lei apenas refere os bens próprios do outro cônjuge, mas, por maioria de razão, deve admitir-se também a referência aos bens comuns. Se um cônjuge pode administrar os bens próprios do outro em caso de impedimento ou ausência também poderá fazê-lo no caso de se tratar de um bem comum. Ao falar em impossibilidade de exercer a administração, a lei pretende abranger os casos de ausência em sentido lato (lugar remoto) e em sentido restrito (lugar não sabido). É importante que a situação tenha carácter permanente ou duradouro, que torne inviável a administração dos bens a partir do lugar em que o seu titular se encontra. Caso contrário, se o afastamento tiver carácter transitório, rege, em princípio, o art. 1679.⁹⁶⁹ Por outro lado, abrange a lei também os casos de impossibilidade por qualquer outro motivo, ou seja, quer quando o impedimento resulte da lei (interdição ou inabilitação), quer nos casos em que a situação decorre de circunstâncias de facto (como uma doença prolongada ou condenação a pena privativa de liberdade).

A. Lopes Cardoso questionava-se sobre quais dos estatutos deve prevalecer no caso de o cônjuge ser considerado o substituto do ausente na administração dos seus bens e, ao mesmo tempo, ter o direito de ser nomeado curador provisório dos bens do ausente (art. 92.º, n.º 1)⁹⁷⁰, nomeadamente, se ficava com os poderes limitados que cabem ao

⁹⁶⁷ Como refere Castro Mendes, *Direito da Família*, cit., p. 129, a administração cabe ao cônjuge que utiliza exclusivamente o bem como instrumento de trabalho, “por uma sorte de mandato tácito”.

⁹⁶⁸ Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 412.

⁹⁶⁹ Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil...*, cit., vol. IV, p. 286. O mesmo vale, em relação ao art. 182.º do Cód. Civil italiano onde a “*lontananza*” abrange apenas os casos de longa duração, pelos quais um cônjuge fica impedido de contribuir para a administração dos bens comuns (Santosuosso, *Commentario del Codice Civile. Delle persone e della famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 244, e *Beni ed attività economica...*, cit., p. 136).

⁹⁷⁰ A. Lopes Cardoso, *A Administração dos Bens...*, cit., pp. 27-31. O Cód. de Seabra apenas falava do ausente casado a propósito da curadoria definitiva (arts. 82.º a 95.º) e não da provisória (arts. 55.º a 63.º), dado que o ausente deixava, sendo casado,

curador provisório ou exercia os poderes típicos do cônjuge administrador, como o de estar dispensado da obrigação de prévia inventariação dos bens e da prestação de contas. Além disso, será difícil de conciliar, se a curadoria for entregue a terceiro, a administração dos bens do casal (comuns) com a administração do curador. Entende o autor que só haverá nomeação de curador ao ausente casado quando o cônjuge presente não proveja, com perigo para os bens, à administração destes⁹⁷¹. Deverá, assim, haver necessidade de prover à administração para protecção dos bens do ausente. E o mesmo questiona o autor citado se se trata de impedimento legal de interdição, sendo discutível a questão de saber se o cônjuge do interdito, nomeado tutor (art. 143.º, n.º 1, al. a)), fica com os poderes limitados que cabem ao tutor vulgar ou exerce os poderes típicos do cônjuge administrador, nomeadamente, se o cônjuge tutor estava ou não dispensado da obrigação de prévia inventariação dos bens e da prestação de contas. Como defende o autor, devem prevalecer as regras da administração conjugal e a dispensa destas obrigações⁹⁷². Em sentido contrário, Duarte Pinheiro considera que a instauração da

quem legalmente administrasse os seus bens (art. 55.º) e, por isso, não havia que prover à sua administração. Não havia lugar, assim, à instauração da curadoria provisória do ausente casado, uma vez que a administração dos seus bens cabia ao seu cônjuge de acordo com as regras da administração dos bens do casal (à mulher, como vimos, de acordo com os arts. 1189.º, 1190.º e 1117.º). E o mesmo entendimento era seguido no anteprojecto do Cód. Civil de 1966, onde se dizia que não fazia sentido atribuir ao cônjuge a curadoria provisória, já que, sendo aquele o administrador legal dos bens do ausente, não haveria sequer, nesse caso, lugar à curadoria provisória (Gonçalves Pereira, “Ausência (Anteprojecto para o novo Código Civil)”, *BMJ*, n.º 105.º, 1961, p. 298 e pp. 373 e 374). O projecto e o Cód. Civil de 1966 não seguiram tal entendimento e, conforme decorreu do art. 92.º, n.º 1, do referido projecto, estipulam que uma das pessoas a ser nomeadas como curador provisório é o cônjuge do ausente.

⁹⁷¹ Contra, v., Jorge Duarte Pinheiro, *ob. cit.*, p. 224, nota 296. A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, p. 64, também em sentido diferente, defende que o cônjuge pode obter uma autorização nos termos do art. 219.º, 1.º, do Cód. Civil francês, mesmo que tenha sido atribuída a tutela a outra pessoa. Em todo o caso, chama a atenção que as razões que afastaram o cônjuge da tutela podem também justificar a recusa da autorização para representar o seu cônjuge ao abrigo do art. 219.º. Do mesmo modo, o facto de ser atribuída a tutela de um cônjuge com alteração das faculdades mentais, p. ex., que lhe impeçam de manifestar a sua vontade, não impede que o outro cônjuge requeira a sua substituição na administração dos bens comuns para efeitos do art. 1426.º do Cód. Civil francês (mesmo autor e obra, p. 247, nota 181, e Aubry/Rau, *ob. cit.*, p. 97). Também no direito italiano, L. Brusuglia, “L’amministrazione dei beni...”, *ob. e loc. cit.*, p. 270, refere que a nomeação de curador provisório, que apenas realiza os actos necessários à conservação dos bens pessoais do ausente não impede o pedido de autorização judicial para a prática de certos actos pelo cônjuge presente, para efeitos do art. 182.º do Cód. Civil italiano. No mesmo sentido, G. Gabrielli, “Le autorizzazioni giudiziali nella disciplina dei rapporti patrimoniali tra coniugi”, *Rivista di Diritto Civile*, ano XXII, I, 1981, p. 52. E parece-nos que o mesmo ocorre no nosso direito (sem prejuízo de só se vir requerer a curadoria provisória se houver perigo para a administração dos bens). De facto, e se o cônjuge não for nomeado curador provisório, ao curador cabe a administração dos bens próprios do ausente e colabora nos actos de administração extraordinária. Dúvidas podem, todavia, surgir no caso do curador realizar actos de administração ordinária sobre bens comuns cuja administração cabia ao ausente. Será um terceiro a administrar bens comuns. Mas o mesmo ocorre com o curador definitivo. Portanto, o principal problema a analisar é o da compatibilização, sendo o cônjuge nomeado curador, das funções de curador e de administrador dos bens do casal. Repare-se ainda que a situação é diferente da da concessão de mandato a terceiro e que veremos de seguida. De facto, aqui trata-se da nomeação legal de curador ao ausente e não de uma declaração de vontade de alguém presente e perfeitamente capaz.

⁹⁷² A. Lopes Cardoso, *A Administração dos Bens...*, *cit.*, pp. 42-45.

curadoria provisória afasta as regras específicas da administração dos bens do casal, conferindo maior protecção ao ausente casado. A tutela do ausente deve prevalecer sobre “a eventual conveniência na atribuição de poderes amplos de administração ao cônjuge do ausente”⁹⁷³.

Se o cônjuge impossibilitado de administrar não tiver conferido administração a terceiro para administrar os bens e o seu cônjuge não pretender exercer tal administração, nada obsta a que este, ou qualquer outro interessado, além do Ministério Público (art. 91.º), requeira a instauração da curadoria provisória sobre os bens do ausente, já que o cônjuge presente não é representante legal do cônjuge ausente⁹⁷⁴.

Idêntico regime prevê o art. 182.º do Cód. Civil italiano, ainda que condicionado a autorização do tribunal. De facto, no caso de ausência (*lontananza*) ou qualquer outro impedimento de um dos cônjuges⁹⁷⁵, e na falta de procuração deste (e não sendo esta possível de obter dada a urgência do acto a praticar), pode o outro cônjuge requerer autorização judicial para a prática dos actos de administração extraordinária ou de constituição de direitos pessoais de gozo, em que é necessário o consentimento de ambos os cônjuges (art. 180.º do Cód. Civil italiano) ou para os actos necessários para a normal actividade da *impresa familiare*. Aquilo que entre nós decorre da lei está sujeito a autorização judicial no direito italiano, nos mesmos moldes que o suprimento desse consentimento, nos termos do art. 181.º do Cód. Civil italiano.

Por seu lado, o art. 1387.º do Cód. Civil espanhol atribui a administração e disposição dos bens comuns ao cônjuge que seja tutor ou representante legal do outro, o que exige a constituição da tutela ou a declaração legal da ausência. Mas há também a

É interessante notar que o § 1436.º do BGB, sendo o cônjuge administrador sujeito a tutela, e ainda que o cônjuge possa assumir a função de tutor, mesmo que tal não aconteça, prevê a possibilidade de o tutor passar a administrar os bens comuns. Ora, tal solução é duvidosa dado que a administração foi atribuída ao cônjuge em causa por razões de confiança, de que o tutor não goza (Beitzke/Lüderitz, *ob. cit.*, p. 156). Pode, em todo o caso, o outro cônjuge requerer o fim da comunhão, nos termos do § 1447.º, 5.º, do BGB. Na administração conjunta, estando um dos cônjuges sujeito a tutela a administração dos bens comuns passará totalmente para o outro cônjuge (§ 1458.º do BGB).

⁹⁷³ Jorge Duarte Pinheiro, *ob. cit.*, p. 224.

⁹⁷⁴ Neste sentido, Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil...*, *cit.*, vol. IV, p. 287. Contra, à luz da vigência da redacção de 1966, A. Lopes Cardoso, *A Administração dos Bens...*, *cit.*, pp. 30 e 31.

⁹⁷⁵ O impedimento pode também conduzir à exclusão da administração nos termos do art. 183.º do Cód. Civil italiano.

Repare-se que, ao contrário do art. 181.º do Cód. Civil italiano, no art. 182.º do mesmo código o “acto necessário” não precisa ser efectivamente necessário, ou seja, basta ser útil dado que o que está em causa não é uma recusa injustificada do consentimento por parte de um dos cônjuges, mas de um impedimento à prestação do consentimento (v., De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia...*, *cit.*, p. 560, e *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato...*, *cit.*, p. 650, e A. Galasso, *ob. cit.*, p. 335. Contra, L. Barbiera, *ob. e loc. cit.*, p. 537, que considera que o critério da necessidade usado no art. 181.º do Cód. Civil italiano deve ser o mesmo do art. 182.º do Cód. Civil italiano). Por as situações serem diferentes não refere também a lei, no art. 182.º do Cód. Civil italiano, o interesse da família ou da empresa familiar.

possibilidade, agora mediante autorização judicial, de a administração (e deve entender-se também a disposição)⁹⁷⁶ ser atribuída a um dos cônjuges em caso de impossibilidade do outro prestar o seu consentimento ou de abandono da família ou separação de facto (art. 1388.º do Cód. Civil espanhol). O cônjuge a quem a administração é atribuída passa a deter os poderes normais de administração e disposição, salvo se o tribunal fixar alguma limitação. Porém, para a realização de actos de disposição de imóveis, estabelecimentos comerciais, objectos preciosos ou valores mobiliários (com excepção do direito de subscrição preferencial de novas acções) é necessária a respectiva autorização judicial (art. 1389.º do Cód. Civil espanhol). Ora, pode acontecer que a transferência da administração, como lhe chama a lei, implique, por isso, limitações à livre disposição prevista, nomeadamente, nos arts. 1384.º e 1385.º do Cód. Civil espanhol⁹⁷⁷.

No direito alemão, há uma transferência legal do poder de administração para o outro cônjuge no caso de doença ou ausência do cônjuge administrador (§ 1429.º do BGB) ou do outro cônjuge (§ 1454.º e § 1455.º, 10.º, do BGB), havendo perigo na demora na celebração do negócio em causa. Trata-se da concessão de poderes de administração em situações de necessidade/urgência (*Notverwaltungsrecht*). A lei refere que o outro cônjuge pode actuar em nome próprio ou em nome do cônjuge administrador (ou de ambos no caso da administração conjunta). A situação aproxima-se do nosso art. 1679.º mas há concessão de poderes administrativos. O § 1429.º do BGB não será de aplicar se existir mandato ou procuração de um cônjuge ao outro.

A solução da al. f) do n.º 1 do art. 1678.º resulta do já estipulado, em relação à mulher, no Cód. de Seabra. De facto, podia a mulher administrar os bens do casal nos casos de ausência e impedimento do marido (arts. 1189.º, 1190.º e 1117.º do Cód. Civil de 1867). Aliás, as próprias Ordenações Filipinas (§ 1.º do título CIII, do livro IV) determinavam que se o marido estivesse ausente em parte incerta, ou declarado interdito, o juiz devia nomear-lhe tutor, preferindo a mulher se ela tivesse capacidade.

Anteriormente à Reforma de 1977, discutia-se, na possibilidade de o cônjuge ausente deixar procuração a um estranho para este administrar, se a procuração prevalecia sobre

⁹⁷⁶ Carlos Lasarte, *ob. cit.*, p. 226, e L. Díez-Picazo/A. Gullón, *ob. cit.*, p. 189. Contra, M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, p.1776, para quem o art. 1388.º do Cód. Civil espanhol apenas prevê a transferência dos poderes de administração.

⁹⁷⁷ M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, p. 1778, considera, porém, que os casos de administração e disposição singular estão previstos para as situações de desenvolvimento normal da vida conjugal e da convivência entre os cônjuges (onde também vigora o dever de informação previsto no art. 1383.º do Cód. Civil espanhol), situação que não acontece nos casos dos arts. 1387.º e 1388.º do Cód. Civil espanhol, onde um dos cônjuges está incapacitado ou é afastado, o que justifica um maior rigor e maiores garantias.

a administração da mulher (art. 1678.º, n.º 2, al. a), na redacção de 1966)⁹⁷⁸. A Reforma de 1977 admitiu esta possibilidade ao acrescentar na parte final do art. 1678.º, n.º 2, al. f), “desde que não tenha sido conferida procuração bastante para a administração desses bens”⁹⁷⁹. Ora, se quanto aos bens próprios de um dos cônjuges a solução não levanta problemas, a questão é duvidosa se se trata da administração de um bem comum. De facto, neste caso, o cônjuge presente partilha a administração de um bem comum com um estranho ou fica sujeito à administração exclusiva de um estranho quanto aos bens comuns cuja administração exclusiva cabia ao cônjuge ausente ou impedido⁹⁸⁰. Talvez por isso a lei só se refira aos bens próprios do outro cônjuge e não aos bens comuns. Tratando-se de bens comuns, sendo a regra a da administração conjunta, e não estando presente um dos cônjuges, a falta do seu consentimento poderá ser judicialmente suprida, nos termos do art. 1684.º, n.º 3. Porém, tal solução acarreta um ónus desnecessário ao cônjuge presente e, por isso, melhor será atribuir-lhe também essa administração nos termos da referida al. f) ou, a não ser assim, admitir a aplicação das regras da gestão de negócios como acontece no direito francês (sem prejuízo, sempre,

⁹⁷⁸ A. Lopes Cardoso, *A Administração dos Bens...*, cit., p. 37, considerava tal procuração, nos casos de ausência ou impedimento do marido, como nula, por violar direitos atribuídos expressamente por lei à mulher.

⁹⁷⁹ Enquanto o art. 1678.º, n.º 2, al. a), do Cód. Civil de 1966, atribuía à mulher por direito próprio o poder de administrar todos os bens do casal, no caso de ausência ou impedimento do marido, a actual al. f) do n.º 2 do art. 1678.º atribui a qualquer um dos cônjuges a faculdade de incumbir, nesses casos, terceira pessoa da administração dos seus bens. Para Antunes Varela, *ob. cit.*, p. 372, esta possibilidade representa uma ofensa à unidade institucional do casamento e à intimidade da vida familiar. Também Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, cit., vol. VI, p. 445, à luz do Cód. de Seabra, entendia que, no caso de ausência prolongada do marido, a administração competia à mulher, mesmo que o marido tenha deixado um procurador, cujo mandato a mulher pode revogar no exercício do seu poder de administrar. Não podia, assim, o marido privar a mulher dos direitos que a lei lhe conferia ao pretender substituí-la por um procurador. No mesmo sentido pronunciou-se Silva Carvalho, *ob. cit.*, vol. I, p. 166. Contra este entendimento pronunciaram-se o ac. do STJ, de 20.07.1943 (*loc. cit.*), e Pires de Lima, “Atribuição da administração dos bens do casal à mulher...”, *loc. cit.*, pp. 355 e 356.

M.ª Leonor Beza, “Os efeitos do casamento”, *ob. e loc. cit.*, pp. 127 e 128, admite três sentidos para a expressão “procuração bastante”. Assim, poderá entender-se que qualquer procuração para administração é bastante para excluir o cônjuge do impedido (1); ou o cônjuge presente pode intervir para além dos actos que a procuração legítima (2); ou a procuração só é bastante para afastar a substituição pelo cônjuge presente quando confere poderes tão amplos como os que o cônjuge impedido tinha (3). Para a autora dificilmente seria de admitir que qualquer procuração afastasse a competência do cônjuge presente e também seria estranho que o cônjuge presente pudesse substituir o ausente em certos actos importantes mas já não nos actos mais modestos que coubessem no âmbito da procuração. Por isso, prefere a autora a terceira solução, apesar de reconhecer que ela retira quase toda a aplicabilidade à norma.

⁹⁸⁰ Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 413. A mesma dúvida é levantada por L. Brusuglia, “L’amministrazione dei beni...”, *ob. e loc. cit.*, pp. 275 e 276, quando se trata de procuração a terceiro para a prática de actos de administração em geral (e não um determinado acto em especial). Refere o autor que tal poderá afectar o equilíbrio da vida conjugal e a paridade das quotas entre os cônjuges. Tanto mais que, de acordo com o art. 183.º, 3.º, do Cód. Civil italiano, o representante legal não pode interferir na administração da comunhão (como pode então um representante voluntário fazê-lo?).

da aplicação do art. 1679.º)⁹⁸¹. Sugere-se, nesta matéria, uma redacção mais cuidada da al. f), distinguindo o caso da administração dos bens próprios e dos bens comuns, eliminando, neste último caso, a referência à concessão de procuração a um estranho (admitindo-a ao outro cônjuge, nos termos da al. g) do mesmo n.º 2 do art. 1678.º).

Também a al. g) do n.º 2 do art. 1678.º refere apenas os bens próprios do outro cônjuge. Porém, deve, de igual modo, admitir-se, por maioria de razão, que um cônjuge possa conferir ao outro, por mandato revogável, os seus poderes de administração sobre os bens comuns. Aliás, o art. 1681.º, n.º 2, refere expressamente os bens comuns que um dos cônjuges administre por mandato do outro. Parece, portanto, ter havido lapso do legislador na redacção do art. 1678.º, n.º 2, al. g). Em todo o caso, mantemos a dúvida que expusemos a propósito da al. f). De facto, se quanto aos bens próprios de um cônjuge o outro cônjuge não tem meios de o substituir na administração (dado a autorização judicial só valer para a prática de actos que exigem o consentimento de ambos e não a gestão alheia, tal como o art. 217.º do Cód. Civil francês)⁹⁸², a não ser pela concessão de um mandato, quanto aos bens comuns poderia sempre requerer autorização judicial para a prática do referido acto. Em todo o caso, nada impede que um dos cônjuges por mandato confira ao outro os poderes que detém sobre os bens comuns⁹⁸³. Duvidoso é saber se o mesmo será de aplicar em relação a bens que os

⁹⁸¹ O art. 219.º, 1.º, do Cód. Civil francês, dispõe que se um cônjuge se encontrar impossibilitado de manifestar a sua vontade, nomeadamente para os actos em que é necessário o consentimento de ambos os cônjuges, o outro pode judicialmente obter uma autorização para o representar (em todos os actos ou em alguns em especial). V., A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., pp. 63-65. Em todo o caso, obtida tal autorização judicial, o cônjuge actua como representante do outro, tal como se este lhe tivesse conferido um mandato. Caso contrário, actuando o cônjuge nesses casos sem tal autorização judicial, será de aplicar as regras da gestão de negócios (art. 219.º, 2.º, do Cód. Civil francês).

⁹⁸² Não há no nosso ordenamento jurídico os meios previstos nos arts. 219.º e 1429.º do Cód. Civil francês para a substituição de um dos cônjuges pelo outro na administração dos seus bens próprios.

⁹⁸³ A situação é também prevista no direito francês ainda que apenas relativa aos bens comuns afectos ao exercício de uma profissão de um dos cônjuges e, por isso, sujeitos à regra da administração exclusiva (art. 1421.º, 2.º, do Cód. Civil francês). V., Flour/Champenois, *ob. cit.*, p. 87.

O mesmo decorre do art. 182.º do Cód. Civil italiano, que prevê o mandato conferido (a terceiro ou ao cônjuge) no domínio da administração dos bens comuns. Neste caso é exigida uma forma específica, por uma questão de segurança quanto à sua existência e de maior solenidade do acto, ainda que o mandato possa ser livremente conferido entre os cônjuges (L. Brusculgia, “L’amministrazione dei beni...”, *ob. e loc. cit.*, p. 275). T. Auletta, “Comunione legale – amministrazione ordinaria e straordinaria – procura generale – esclusione. Comunione legale – procura a terzi – ammissibilità condizioni”, in AAVV, *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia...*, cit., p. 377, entende que a especial forma da procuração no art. 182.º Cód. Civil italiano deve-se ao facto de aí se regular apenas a procuração geral no caso de impedimento ou ausência. A forma especial reside na necessária ponderação do cônjuge que outorga mandato ao outro. No caso de procuração especial entende o autor aplicar-se a regra geral do art. 1392.º do Cód. Civil italiano. De facto, distingue a doutrina italiana entre a procuração passada ao cônjuge e a terceiro, considerando-se que mesmo ao cônjuge a procuração deverá ser especial (embora alguns autores considerem que pode ser geral no caso de ausência ou outro impedimento ou no caso da empresa familiar – Cian/Villani, *loc. cit.*, p. 364, e T. Auletta, “Comunione legale – amministrazione...”, *ob. e loc. cit.*, p. 175, e pp. 372 e 373). Bruno de Filippis, *ob. cit.*, p. 268, chama a atenção para o art.

cônjuges (casados em comunhão ou separação) detenham em compropriedade. Será de aplicar a regra da al. g) do n.º 2 do art. 1678.º e, em consequência, as limitações na responsabilidade do mandatário previstas no art. 1681.º ou a regra geral da compropriedade e do mandato (com a responsabilidade do mandatário face ao mandante nos termos gerais)? Atendendo às razões apresentadas para a limitação da responsabilidade no art. 1681.º, e em especial o facto de os cônjuges não conseguirem prestar contas num período dilatado de tempo, então deverão valer as mesmas para defender a aplicação das regras especiais do direito matrimonial face às da compropriedade e do mandato⁹⁸⁴. Isto ainda que, *de jure condendo*, nos pareça mais acertado a aplicação das regras do mandato sem limitações.

Não é possível, na convenção antenupcial, um dos nubentes conferir ao outro poderes de administração dos seus bens próprios ou dos bens comuns, dado que seria unilateralmente irrevogável e implicaria uma perda definitiva desses poderes de administração, o que a lei não permite (art. 1699.º, n.º 1, al. c)). Por seu lado, a cedência por mandato, que é livremente revogável, permite que um cônjuge não exerça, de acordo com a sua vontade, os poderes de administração que a lei lhe confere, sem correr

210.º, 3.º, do Cód. Civil italiano, dado que a procuração geral ao outro cônjuge corresponderia a um afastamento da referida regra e do princípio da igualdade dos cônjuges. Afasta, porém, o autor a crítica, admitindo, por ser revogável, a procuração geral entre cônjuges. O mesmo é defendido por Giusti, "Parità ed autonomia tra i coniugi nell'amministrazione dei beni della comunione legale", *Rivista di Diritto Civile*, ano XXXIII, I, 1987, p. 200, e Franco Anelli, *ob. e loc. cit.*, p. 325.

Schlesinger, *ob. e loc. cit.*, sob a direcção de Carraro/Oppo/Trabucchi, p. 418, admite a existência de uma procuração especial, limitada a determinados actos, conferida a terceiro para administrar bens comuns. Refere este último autor que o art. 182.º, 2.º, do Cód. Civil italiano, estabelece uma "delegação" ampla dos poderes de administração no caso de empresa familiar ao outro cônjuge. Se a lei especifica este caso é porque os restantes casos do § 1.º são de procuração especial. Visa-se, assim, evitar que um dos cônjuges esteja dependente de um estranho para a administração extraordinária do património comum. Exigindo também a procuração especial, v., De Paola/Macri, *ob. cit.*, p. 182, De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia...*, *cit.*, pp. 564 e 565, e *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato...*, *cit.*, pp. 654 e 655, e A. Galasso, *ob. cit.*, pp. 338 e 339. Contra, admitindo a procuração geral a terceiro, Santosuosso, *Commentario del Codice Civile. Delle persone e della famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia*, *cit.*, pp. 248-250, e *Beni ed attività economica...*, *cit.*, pp. 239-141, C. M. Bianca, *ob. cit.*, p. 92, nota 106. Numa outra obra, Schlesinger ("Del regime patrimoniale della famiglia...", *ob. e loc. cit.*, sob a direcção de Cian/Oppo/Trabucchi, pp. 191 e 192), admite uma procuração geral a terceiro, diferenciando a situação prevista no § 2.º (delegação) da do § 1.º (procuração).

Quanto à administração de bens próprios qualquer um dos cônjuges pode conferir ao outro mandato para este administrar os seus bens próprios (arts. 185.º e 217.º, 2.º, 3.º, e 4.º, do Cód. Civil italiano).

⁹⁸⁴ Situação analisada, p. ex., na decisão da Cour d'appel de Paris, de 10 de Maio de 1996 (*JCP* 1997.I.4047, pp. 389 e 390), que admitiu a solução por nós proposta no texto. Porém, a mesma revista critica a solução por ser perigosa nos regimes de separação, dado um cônjuge poder administrar bens também do outro e com os frutos dos referidos bens obtidos adquirir bens que apenas lhe pertencem a si, sem qualquer indemnização ao outro cônjuge e responsabilização como mandatário (sem prejuízo de eventual crédito devido ao proprietário).

o risco de os perder para sempre. Repare-se que o mandato para administrar não é suficiente para dispor, pelo que deverá ser conferido um neste sentido⁹⁸⁵.

O contrato de mandato, como contrato que é, está sujeito às regras gerais sobre o termo dos negócios jurídicos. Mas, atendendo aos interesses específicos do mandato, a lei determina causas especiais do termo do mesmo, como a revogação e a caducidade (cfr. os arts. 1170.º e segs. e 1174.º e segs.). Se a livre revogabilidade é característica do próprio contrato de mandato, tal característica justifica-se ainda mais quanto à administração dos bens do casal⁹⁸⁶. Não nos parece, aliás, possível, neste contexto, a existência de indemnizações previstas no art. 1172.º: admitindo-se sempre a livre revogabilidade não tem sentido prever indemnizações decorrentes dessa revogação.

Resta referir, para além das particularidades já indicadas, que é também nos aspectos da retribuição e da substituição que o carácter familiar afecta o mandato entre cônjuges⁹⁸⁷. Normalmente, no mandato entre marido e mulher não haverá retribuição dada a relação que os une. Contudo, se existir acordo no sentido da retribuição (ou mesmo se se verifica a presunção do art. 1158.º, n.º 1), nada parece proibi-la.

Porém, o art. 1714.º, n.º 2, proíbe a compra e venda entre os cônjuges, podendo também entender-se que proíbe igualmente os outros contratos onerosos entre os cônjuges como o mandato oneroso⁹⁸⁸. Além disso, se se convencionar uma retribuição tão exagerada que possa significar uma transferência de capital do património do mandante para o do mandatário, poderia traduzir-se numa verdadeira doação sob a capa

⁹⁸⁵ Como refere A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., p. 62, no regime de comunhão, e tratando-se dos actos cuja disposição carece do consentimento de ambos os cônjuges, não deve admitir-se um mandato geral. O mandato para dispor tem, neste caso, que ser especial. Também M. Grimaldi, *et alii*, ob. cit., p. 50. Além disso, e nos termos dos arts. 1432.º e 1540.º do Cód. Civil francês, nos regimes de comunhão e separação, a concessão de mandato tácito apenas confere ao cônjuge mandatário poderes de administração e gozo mas não poderes de disposição dos bens próprios do outro cônjuge. No direito alemão, MünchKomm - *Kanzleiter*, § 1421 Rdn. 3, p. 606, admite a concessão de mandato de um cônjuge ao outro para administrar (incluindo actos de disposição). É aliás, possível a concessão de mandato pelo cônjuge administrador, no regime de comunhão geral, ao cônjuge não administrador, permitindo que pelos actos praticados por este possam responder os bens comuns e os bens próprios do cônjuge administrador (MünchKomm - *Kanzleiter*, § 1422 Rdn. 5-7, p. 608).

⁹⁸⁶ Também A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., p. 62, afirma que não pode, no caso de mandato entre cônjuges, estipular-se uma cláusula de irrevogabilidade (que violaria o princípio da imutabilidade). É em atenção a isso que o art. 218.º do Cód. Civil francês expressamente prevê a livre revogabilidade do mandato. V. também, Cornu, ob. cit., pp. 100 e 101. M. Gorgoni, “La separazione dei beni”, in AAVV, *Trattato di diritto privato...*, cit., sob a direcção de Mario Bessone, p. 550, refere que a inclusão de uma cláusula de irrevogabilidade do mandato seria de uma validade muito duvidosa. Também nesse sentido, Gabrieli/Cubeddu, ob. cit., p. 132, e A. Galasso, ob. cit., p. 339. Admitindo uma cláusula de irrevogabilidade, no caso de procuração outorgada a terceiro, Schlesinger, “Del regime patrimoniale della famiglia...”, ob. e loc. cit., sob a direcção de Cian/Oppo/Trabucchi, p. 190 (que a afasta no caso de se tratar de mandato entre cônjuges – p. 191).

⁹⁸⁷ Sobre esta matéria, v., Antonio Cabanillas Sanchez, “La contratación entre cónyuges”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXVIII, n.º 3, 1985, pp. 573-579.

⁹⁸⁸ Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, ob. cit., p. 414.

da retribuição do mandato e escapando à regra da livre revogabilidade das doações (dado que o mandato oneroso deixa de ser unilateralmente revogável – art. 1170.º)⁹⁸⁹.

Quanto à substituição no mandato entre cônjuges, dado o seu carácter familiar e ser um contrato *intuitus personae*, entende-se não ser possível, sobretudo porque o administrador dos bens do casal goza, mesmo sendo mandatário, de um estatuto especial que não poderia aplicar-se a outro que não o cônjuge (o que não impede a concessão de mandato para administrar a um terceiro, nos termos da al. f) do n.º 2 do art. 1678.º).

Também o direito francês prevê, no domínio do regime primário de base, no art. 218.º do Cód. Civil francês, a hipótese de um cônjuge conferir mandato ao outro para o exercício dos poderes conferidos pela lei, sendo de aplicar as regras do mandato. No âmbito do regime supletivo de comunhão e do regime de separação e participação nos adquiridos, os arts. 1431.º e 1432.º e os arts. 1539.º e 1540.º do Cód. Civil francês, respectivamente, regulam também a possibilidade de qualquer um dos cônjuges conferir ao outro, por mandato expresso ou tácito, o poder de administrar os seus bens próprios⁹⁹⁰. No caso de mandato tácito os poderes conferidos são de mera administração e não de disposição como no mandato expresso, bem como a responsabilidade do mandatário face ao mandante é diferente nos dois casos. Por outro lado, o art. L 321.º-1 do *Code rural* e o art. 9.º da Lei n.º 82-596, de 10 de Julho de 1982, estabelecem também uma presunção de mandato no caso de um dos cônjuges colaborar na actividade agrícola, por um lado, ou comercial e artesanal, por outro lado, e praticar actos relativos à satisfação das necessidades da exploração em causa. Repare-se que a actuação como mandatário implica que as obrigações por este assumidas responsabilizam apenas o mandante, por aplicação das regras do mandato (salvo quando ambos os cônjuges co-exploram a empresa e, por isso, ambos são co-mandantes e ambos estão vinculados)⁹⁹¹.

Quanto ainda às regras da administração dos bens do casal, importa referir o caso especial da administração do estabelecimento comercial como bem comum do casal. V.

⁹⁸⁹ Os autores italianos dividem-se quanto à onerosidade ou gratuidade do mandato entre cônjuges. De facto, enquanto uns, afastando-se da regra geral, admitem que, em princípio, o mandato entre cônjuges será gratuito (dado que as relações especiais entre os cônjuges o justificam), outros autores mantêm a presunção da onerosidade do mandato.

⁹⁹⁰ M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 139-142, e A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, pp. 61-63, e pp. 259-261.

⁹⁹¹ Rémy Cabrillac, *ob. cit.*, p. 58. Flour/Champenois, *ob. cit.*, pp. 81 e 82, colocam o problema de saber, no caso de ambos os cônjuges serem co-exploradores da actividade profissional (e co-mandantes) se a dívida assumida é a título conjunto ou solidário. Apesar da regra ser a da conjunção, esta não parece ser a vontade das partes quando contraem a dívida, além de que, por aplicação das regras do mandato, o mandante assume a totalidade da dívida e, por isso, não teria sentido que se fossem dois os mandantes cada um deles apenas assumisse a dívida pela metade.

Lobo Xavier entendeu que o estabelecimento comercial que seja bem comum do casal não deve estar sujeito às regras da administração previstas no art. 1678.º, n.º 3. A administração exclusiva pelo comerciante é a que melhor satisfaz os interesses do exercício da actividade do próprio estabelecimento. De facto, não convém à gestão do estabelecimento que o cônjuge não comerciante pratique sozinho actos de administração ordinária e, por outro lado, tenha necessariamente que intervir na administração extraordinária do estabelecimento comercial. E esta excepção às regras gerais de administração dos bens do casal assenta no princípio da liberdade para o exercício de profissão ou outra actividade (art. 1677.º-D). De acordo com o mesmo, deve garantir-se que o cônjuge do comerciante não interfira no exercício do comércio, nos termos do art. 1678.º, n.º 3. A norma do art. 1677.º-D deve prevalecer face a esta. Se qualquer dos cônjuges não pode interferir na escolha que o outro faça de certa actividade, essa interferência também não deverá ter lugar no exercício da actividade escolhida⁹⁹². Aliás, a prevalência do princípio da autonomia profissional do cônjuge empresário sobre os interesses do outro cônjuge e da família nada tem de chocante, dado que a mesma solução resulta da disposição do art. 1691.º, n.º 1, al. d). De facto, o exercício do comércio por um dos cônjuges pode comprometer a totalidade do património comum e de ambos os cônjuges verificando-se os pressupostos do art. 1691.º, n.º 1, al. d), e por aplicação do art. 1695.º⁹⁹³.

Podia, todavia, pensar-se em aplicar o art. 1678.º, n.º 2, al. e), permitindo que o cônjuge comerciante administrasse sozinho o estabelecimento comercial como instrumento de trabalho. V. Lobo Xavier nega esta hipótese, entendendo que esta norma estaria pensada para bens móveis de natureza corpórea, que tenham uma ligação mais

⁹⁹² V. G. Lobo Xavier/Henrique Mesquita, “Sobre o art. 1682.º-A, n.º 1, al. a), do Código Civil: desnecessidade do consentimento do cônjuge do empresário para a alienação de imóveis que se integre no objecto da empresa”, *RDES*, ano XXVI, n.ºs 1-2-3-4, 1979, p. 61, e V. G. Lobo Xavier, “Se pode o cônjuge do empresário, ao abrigo do art. 1678.º, n.º 3, do Código Civil, intervir na gestão do estabelecimento mercantil, quando este seja um bem comum do casal”, *Separata da RDES*, ano XXVI, n.ºs 1-2-3-4, 1982, pp. 6-10. Refere ainda V. G. Lobo Xavier, *loc. cit.*, pp. 16 e 17, que já à luz do Cód. de Seabra e do Cód. Civil de 1966, onde o marido era o administrador dos bens do casal, à mulher, a quem o marido concedeu autorização para o exercício do comércio (dado a mulher não poder exercer o comércio sem o consentimento do marido – art. 1686.º do Cód. Civil de 1966), cabia a administração exclusiva do estabelecimento. O marido para o gerir teria de revogar a autorização concedida. A lei possibilitava, assim, à mulher empresária a livre e exclusiva administração da respectiva empresa, mesmo quando esta fosse bem comum do casal. Como referia A. Lopes Cardoso, *A Administração dos Bens...*, *cit.*, p. 72, o consentimento para o exercício do comércio pressupõe não só que a mulher possa fundar um estabelecimento comercial, como também o possa gerir. Tal consentimento podia inscrever-se na então al. e) do n.º 2 do art. 1678.º, dado corresponder a um verdadeiro mandato do marido. Por isso, a admitir-se a aplicação do art. 1678.º, n.º 3, ao estabelecimento comercial, a Reforma de 1977 veio piorar a situação da mulher empresária, quanto à sua autonomia para o exercício da actividade.

⁹⁹³ V. G. Lobo Xavier, *loc. cit.*, pp. 11 e 12.

próxima e directa com a actividade exercida do que aquela que intercede entre o comerciante e o estabelecimento, e que não apresentem a particular aptidão reditícia própria de um bem como o estabelecimento⁹⁹⁴.

Por seu lado, Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, defendendo a mesma solução, duvidam dos argumentos apresentados. De facto, a liberdade de escolha e exercício de uma profissão ou actividade por parte de um dos cônjuges não pode, contudo, comprometer o património alheio e os direitos do outro cônjuge. Cada cônjuge é livre de abrir e administrar sozinho uma empresa se esta for um bem próprio, mas se esta for um bem comum, ou próprio do outro, já não terá a mesma liberdade, sob pena de se justificar a utilização indevida de um bem alheio. A exploração exclusiva de um estabelecimento, bem comum do casal, por um dos cônjuges deve ser precedida da autorização do outro, constituindo um mandato expresso ou tácito, para o início da actividade. O exercício da administração exclusiva deve assentar nesse mandato ou numa disposição legal que o justifique, não bastando invocar o princípio do livre exercício da profissão. A decisão de começar a explorar, com poderes exclusivos, um bem integrado no património comum é uma decisão relativa à vida conjugal que tem de ser tomada pelos dois cônjuges, de acordo com o art. 1671.º, n.º 2⁹⁹⁵. O facto de o bem em causa ser um estabelecimento comercial e um dos cônjuges pretender tornar-se comerciante não lhe permitem decidir sozinho. Admitindo o poder de decisão unilateral de um cônjuge, no sentido de exercer uma actividade ou profissão, por forma a que ele ficasse legitimado para entrar na administração exclusiva de um bem comum, permitir-se-ia uma alteração das regras da administração assente apenas na decisão unilateral do cônjuge beneficiado. O que, aliás, chocaria com a proibição de alteração das regras da administração por convenção antenupcial (art. 1699.º, n.º 1, al. c)). De facto, se assim se admitisse, estaria proibido o acordo de alteração por causa da dificuldade que um cônjuge prejudicado teria de recuperar os poderes normais que a lei lhe dá e, ao mesmo tempo, estar-se-ia a admitir que um cônjuge adquirisse poderes anormais de administração, com base na sua decisão unilateral de exercer uma actividade ou profissão. Portanto, para que um dos cônjuges administre sozinho um bem comum será preciso que a situação corresponda a uma das excepções previstas no art. 1678.º, n.º 2.

Para estes últimos autores é o art. 1678.º, n.º 2, al. e), que, conferindo poderes exclusivos de administração ao cônjuge que usa o bem comum como instrumento

⁹⁹⁴ V. G. Lobo Xavier, *loc. cit.*, pp. 13-15.

⁹⁹⁵ Neste sentido, também A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, p. 250.

exclusivo de trabalho, após concordância prévia do outro cônjuge, justifica a administração exclusiva do estabelecimento comercial por um dos cônjuges. Acrescentam os autores que a continuação do exercício da administração escapa às regras do mandato, nomeadamente à possibilidade de o contitular do bem comum revogar a autorização e quanto ao regime da responsabilidade por má administração (art. 1681.º, n.º 1). Ao contrário de V. Lobo Xavier não consideram os autores que a natureza incorpórea do bem, a ligação entre o empresário e a empresa e a especial aptidão reditícia constituam obstáculos à aplicação do regime especial referido, ainda que por interpretação extensiva. Portanto, quando o estabelecimento comercial é explorado por um dos cônjuges, não é pelo facto de ser bem comum que se legitima a interferência do outro cônjuge na gestão empresarial (art. 1678.º, n.º 3)⁹⁹⁶.

Quer a justificação assente no princípio da liberdade de escolha e exercício de profissão quer, como também entendemos, na al. e) do n.º 2 do art. 1678.º ou até na al. g) do mesmo número e artigo (caso seja conferido mandato por um cônjuge ao outro), o que é certo é que sempre se defende a administração exclusiva do cônjuge comerciante do estabelecimento comercial que explora, mesmo que dele advenham, como normalmente acontece, proveitos para o casal. Por isso, não se compreende porque as dívidas do cônjuge comerciante sejam comuns, nos termos do art. 1691.º, n.º 1, al. d), como já abordámos. Esta é mais uma razão para excluir o disposto na referida al. d): articulando o regime de administração com o da responsabilidade por dívidas, se o bem é exclusivamente administrado por um dos cônjuges, sem interferência do outro, não parece ser justificável que ambos respondam pela dívida e, nos regimes de comunhão, responda o património comum⁹⁹⁷.

⁹⁹⁶ Guilherme de Oliveira, “Necessidade do consentimento do cônjuge do empresário para a alienação de imóveis que se integrem no objecto da empresa”, *Col. Jurisp.*, tomo I, 2001, pp. 5 e 6, e Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 415 e 416. V. também, na jurisprudência, partilhando desta posição e assentando a livre disposição do cônjuge nos poderes de administração decorrentes do art. 1678.º, n.º 2, al. e), o ac. da RP, de 11.12.2003 (*Col. Jurisp.*, tomo V, 2003, p. 214, com voto de vencido de Pires Condesso, que considera que o arrendamento comercial de bem imóvel é bem móvel e comum do casal e, por isso, os actos de administração extraordinária, como a sua rescisão, carecem do consentimento de ambos os cônjuges).

Jorge Duarte Pinheiro, *ob. cit.*, p. 222, nota 290, chama a atenção para o facto de a lei sujeitar a disposição do estabelecimento comercial ao regime dos bens imóveis (art. 1682.º-A) e não dos bens móveis. Por isso, hesita quanto à aplicação da al. e) do n.º 1 do art. 1691.º ao estabelecimento comercial, por a mesma apenas se aplicar aos bens móveis. Parece-nos, porém, que se considera aqui a caracterização da utilização do estabelecimento comercial no exercício de uma actividade profissional (a administração, disposição ou oneração dos elementos materiais que compõem a universalidade de direito que é o estabelecimento comercial), que pode traduzir-se em actos de administração ao abrigo da referida al. e), e não a disposição do próprio estabelecimento comercial (esta sim sujeita ao art. 1682.º-A).

⁹⁹⁷ Ainda que careça do consentimento do outro para dispor, de acordo com o art. 1682.º-A, nos regimes de comunhão. Em todo o caso, as situações não são exactamente iguais, ou seja, no caso de disposição é um bem que sai do património comum ou do

Não podemos ainda deixar de fazer referência ao poder que cada um dos cônjuges tem para fazer e movimentar livremente depósitos bancários (art. 1680.º)⁹⁹⁸. Significa, portanto, que independentemente de os valores depositados serem próprios ou comuns, qualquer um dos cônjuges pode dispor dos valores em causa sem necessidade do consentimento do outro cônjuge. É interessante notar que esta disposição existia na versão original de 1966 em relação aos depósitos bancários da mulher. De facto, o depósito de dinheiro, a sua movimentação e os seus levantamentos eram actos de mera administração necessários para a administração que a mulher tinha de certos bens e do governo doméstico. Seria embaraçoso quer para a mulher quer para as entidades bancárias o regime de obrigar estas a averiguar previamente se os levantamentos efectuados pela mulher ou as suas ordens de pagamento cabiam ou não nos poderes de administração que lhe eram atribuídos. Por isso, a anterior redacção do art. 1680.º estipulava a isenção de responsabilidade do Banco, quer face ao marido quer perante terceiros, pelos actos de disposição que a mulher praticasse em relação aos depósitos efectuados em seu nome exclusivo⁹⁹⁹.

próprio do cônjuge mas cujos rendimentos entravam na comunhão; na contracção de dívidas, não é o bem que está em causa, mas a contracção de obrigações pelo cônjuge administrador sem interferência e mesmo com objecção do outro cônjuge. Por isso, J. J. Rams Albesa, *ob. cit.*, p. 255, afirma que o facto de os bens utilizados na actividade comercial poderem estar afectos ao pagamento das dívidas, nos termos do art. 1365.º do Cód. Civil espanhol, não afasta as regras da administração disjunta do comerciante no exercício do seu negócio.

⁹⁹⁸ O que dá expressão ao disposto no art. 1677.º-D, que prevê que cada um dos cônjuges tem liberdade de escolha e exercício de uma profissão ou actividade sem consentimento do outro. Também não carece desse consentimento para administrar e dispor de contas bancárias. Norma idêntica resulta do art. 221.º do Cód. Civil francês, e dos arts. 1384.º e 1385.º do Cód. Civil espanhol. É interessante notar que, apesar da livre disposição dos valores prevista nos arts. 1384.º e 1385.º, o art. 1389.º do mesmo código, no caso de transferência da administração a um só dos cônjuges, exige sempre a autorização judicial para a disposição de valores mobiliários (onde se incluem os direitos de crédito ou títulos). Ora, pode acontecer que a transferência da administração implique, por isso, limitações à livre disposição prevista por aqueles arts. 1384.º e 1385.º do Cód. Civil espanhol.

O livre exercício de uma profissão não impede o ordenamento espanhol de prever um dever de informação entre os cônjuges quanto à situação e aos rendimentos da actividade económica. Apesar de se tratar de uma faculdade para o cônjuge que requer a informação ao outro, este deve cumprir sob pena de se requerer a dissolução da comunhão, nos termos do art. 1393.º, 4.º, do Cód. Civil espanhol.

⁹⁹⁹ A. Lopes Cardoso, *A Administração dos Bens...*, *cit.*, pp. 190 e 191. Braga da Cruz, “Capacidade patrimonial...”, *loc. cit.*, pp. 362 e 363, incluindo o preceito no seu anteprojecto de Cód. Civil, duvidava, contudo, da sua necessidade. Com efeito, o preceito não era inovador, dado que todas as instituições bancárias aceitavam correntemente depósitos à ordem ou a prazo em nome singular de mulheres casadas, sem a análise prévia do regime de bens do casamento ou sobre a procedência dos capitais depositados e poderes de administração que sobre eles, eventualmente, tivessem. O que constituía um desvio ao esquema do Cód. Civil de 1867 quanto à administração dos bens do casal. O Dec. n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910, atribuindo à mulher o governo doméstico, veio conferir alguma base jurídica para a prática dos depósitos bancários da mulher casada. A isto veio juntar-se o progressivo reconhecimento da capacidade da mulher para dispor livremente dos proventos que auferia pelo seu trabalho. Formou-se, portanto, um direito consuetudinário, no sentido da liberdade da mulher casada abrir e movimentar depósitos bancários. Aproveitou-se o Cód. Civil de 1966 para expressar em lei aquilo que era já um princípio generalizado na realidade. Mas tal nem seria necessário, dado que se até aí, onde a mulher poucos poderes administrativos tinha, essa possibilidade não era contestada, agora sê-lo-ia menos.

A norma do art. 1680.º pode entender-se ser contraditória com o regime do art. 1678.º. De facto, ela consente que os cônjuges administrem e possam dispor, ao depositar numa conta exclusiva, de bens comuns (ou de bens próprios de qualquer um dos cônjuges), dado que o Banco não vai apurar a titularidade dos bens depositados. O que significa que pode realizar-se sob a capa de um acto de simples administração um verdadeiro acto de disposição de bens comuns¹⁰⁰⁰.

1.3 Os poderes do cônjuge administrador e a contracção de dívidas

Os poderes do cônjuge administrador vão além da mera administração, abrangendo poderes de disposição dos móveis comuns ou próprios do cônjuge administrador (art. 1682.º)¹⁰⁰¹. No conceito amplo de administração do cônjuge cabem todos os actos de gestão patrimonial para cuja prática ele não careça do consentimento do outro¹⁰⁰², ou seja, incluem-se não só os actos de conservação e frutificação normais dos bens (p. ex., prover a que um dado terreno seja cultivado, ou proceder ao levantamento de um dinheiro ou ao seu depósito a prazo para render, etc.), mas também certos actos de disposição e oneração dos bens. O mesmo pode dizer-se quanto à contracção de dívidas no exercício da administração. Podendo qualquer um dos cônjuges contrair dívidas (art. 1690.º) que podem ser comuns (p. ex., e desde logo, por força do art. 1691.º, n.º 1, al. c)), pode provocar-se algum prejuízo no património comum (e indirectamente ao outro cônjuge, na sua meação), sem que, à partida, o cônjuge administrador seja responsabilizado pelos seus actos. É este problema que pretendemos analisar aqui, ou seja, o da eventual e necessária responsabilização do cônjuge administrador.

Quanto à responsabilidade pelo exercício da administração, a Reforma de 1977 veio alterar a solução do direito anterior. De facto, anteriormente à Reforma de 1977, o cônjuge administrador não era obrigado a prestar contas da sua administração, embora fosse responsável pelos actos praticados intencionalmente em prejuízo do casal ou do outro cônjuge. A Reforma manteve esta regra (art. 1681.º, n.º 1), quando a administração se funde na lei, mas alterou o regime para a administração fundada em

¹⁰⁰⁰ Neste sentido, Pamplona Corte-Real, *ob. cit.*, p. 38.

¹⁰⁰¹ Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 417, explicitam que poderes desta amplitude não costumam ser dados aos administradores de bens alheios, como se pode ver pelo disposto no art. 1159.º e nos regimes especiais dos arts. 95.º, n.º 1 (curador dos bens do ausente), 1944.º (tutor), 2093.º, n.º 1 (cabeça-de-casal), 2332.º, n.º 1 (testamenteiro), etc.

¹⁰⁰² A. Lopes Cardoso, *A Administração dos Bens...*, *cit.*, p. 120.

mandato, onde se aplicam as regras deste contrato. A regra da irresponsabilidade, antes da Reforma, mantinha-se para o caso de a administração ter sido conferida por mandato, já que nem por isso deixava de falar-se, quanto ao mandatário, de “cônjuge administrador” (art. 1681.º na redacção de 1966)¹⁰⁰³. Assim, não eram aplicáveis as normas ordinárias do mandato. O cônjuge-mandatário não era responsável pelos actos que praticava na administração dos bens e só respondia, nos termos do então art. 1681.º, quando intencionalmente praticasse actos em prejuízo do casal ou do outro cônjuge. Actualmente, a lei distingue várias situações com tratamentos específicos.

O art. 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 arts. 465.º, al. c), 1161.º, al. d)...), nem será formalmente obrigado a prestar informações ou a comunicar a execução dos seus actos, à semelhança do que ocorre com o mandatário (art. 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 bens¹⁰⁰⁴.

Por outro lado, o cônjuge administrador só responde pelos prejuízos resultantes de actos intencionalmente praticados em prejuízo do casal ou do outro cônjuge¹⁰⁰⁵.

¹⁰⁰³ A. Lopes Cardoso, *A Administração dos Bens...*, cit., p. 252.

¹⁰⁰⁴ Antunes Varela, *ob. cit.*, p. 384.

¹⁰⁰⁵ Cfr. o ac. do STJ, de 17.11.1994 (*Col. Jurisp. (STJ)*, tomo III, 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 actuação seja intencional. V. também, R. Capelo de Sousa/J. França Pitão, *Código Civil e Legislação Complementar*, Coimbra, Almedina, 1979, pp. 683-685, onde referem o ac. do STJ, de 22.07.1975 (*BMJ*, n.º 249.º, 1975, p. 451), que afirma a regra de que o cônjuge administrador não é obrigado a prestar contas, respondendo apenas pelos actos intencionalmente praticados em prejuízo do casal ou do outro cônjuge (art. 1681.º, n.º 1).

A irresponsabilidade do cônjuge administrador era tradicional também no direito francês. O art. 225.º do Costume de Paris, determinando que o marido era senhor dos móveis e dos imóveis adquiridos, podendo vendê-los, aliená-los ou hipotecá-los, bem como dispor deles por doação ou outro acto de disposição entre vivos, sem o consentimento da mulher, levava alguns autores a considerar que o marido podia mesmo abusar do seu poder, perdendo ou deteriorando todos os bens comuns sem indemnizar a mulher. Em todo o caso, o mesmo art. 225.º estipulava que o marido devia actuar “sem fraude”. O mesmo valia no Cód. Civil de 1804. Só com a Reforma de 1965 do Cód. Civil francês o marido passou a ser um administrador responsável, respondendo pecuniariamente pelos seus erros de administração (art. 1421.º do Cód. Civil francês). Tal como entre nós a má administração não gera a invalidade do acto, ou seja, o dano da má administração é indemnizável mas não há eventual restituição do bem que pode ter sido alienado a terceiro (Marty/Raynaud, *ob. cit.*, p. 210). Qualquer um dos cônjuges pode, actualmente, requerer judicialmente para ser substituído ao outro no exercício das suas funções de administração, quando este não se encontrar em estado de manifestar a sua vontade ou quando a sua gestão dos bens comuns atestar inaptidão ou fraude (art. 1426.º do Cód. Civil francês). O poder de administração dos bens próprios pode também ser retirado ao cônjuge que estiver duradouramente impossibilitado de manifestar a

Pretende-se com este regime evitar que os cônjuges se envolvam em acções de responsabilidade que podem perturbar as suas relações¹⁰⁰⁶. Baseia-se tal solução na tradicional irresponsabilidade do cônjuge administrador, conduzindo à ideia da fragilidade da garantia no âmbito dos direitos familiares patrimoniais.

Com efeito, duas ordens de razões justificam o estatuto especial do cônjuge administrador, no que respeita à sua responsabilidade¹⁰⁰⁷. Por um lado, tomam-se em conta as graves perturbações que as acções 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 acções 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 actuação prejudicial do cônjuge administrador deve conceder-se ao lesado o direito a uma indemnização. 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.

na vontade ou que ponha em perigo os interesses da família, dissipando os bens (art. 1429.º do Cód. Civil francês). Estas possibilidades de substituição e retirada dos poderes ao cônjuge administrador não estão previstas no nosso direito. Mas só assim se acautela a posição de cada um dos cônjuges face aos actos praticados pelo outro no exercício da administração ordinária dos bens comuns ou dos próprios deste outro cônjuge. Também no regime de separação se um dos cônjuges se imiscuir na administração dos bens do outro é responsável por essa ingerência e por todos os frutos recebidos, que negligenciou receber ou consumidos fraudulentamente (art. 1540.º, 3.º, do Cód. Civil francês).

O princípio da irresponsabilidade do cônjuge administrador vale também no direito italiano, estando em causa actos de administração ordinária (art. 180.º, 1.º, do Cód. Civil italiano). Não está obrigado a prestar contas nem está sujeito à regra de uma administração diligente. Porém, o outro cônjuge pode sempre requerer a exclusão da administração (art. 183.º do Cód. Civil italiano) no caso de má administração do seu cônjuge. V., C. M. Bianca, *ob. cit.*, p. 86.

O direito espanhol, anterior à Reforma de 1981, já previa a possibilidade de sancionar os actos que o marido praticasse em fraude dos direitos da mulher, incluindo os actos dolosos e abusivos. Actualmente, os arts. 1390.º e 1391.º do Cód. Civil espanhol diferenciam as situações de dolo e abuso (art. 1390.º) e de fraude (art. 1391.º). Em ambos os casos há a possibilidade de responsabilizar o cônjuge que actuou pelo valor do lucro extraordinário que obteve com a sua actuação ou do dano causado à comunhão. Nos termos do art. 1391.º há ainda a possibilidade de rescisão do acto se o terceiro estiver de má fé.

¹⁰⁰⁶ Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil...*, *cit.*, vol. IV, p. 296.

¹⁰⁰⁷ V., Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil...*, *cit.*, vol. IV, p. 296, 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, p. 116, e Antunes Varela, *ob. cit.*, pp. 384 e 385. Invoca também a tutela da tranquilidade doméstica e a intimidade e a harmonia familiares, por forma a excluir a intervenção do tribunal e assegurar a defesa da teoria da imunidade, Salvatore Patti, “Il declino della *immunity doctrine* nei rapporti familiari”, *Rivista di Diritto Civile*, ano XXVII, I, 1981, p. 379. Para uma análise das doutrinas da imunidade (de origem anglo-americana) e da fragilidade, v., Jorge Duarte Pinheiro, *O núcleo intangível da comunhão conjugal. Os deveres conjugais sexuais*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 530-586.

Além disso, a antiga falta de capacidade da mulher para estar em juízo e a concepção do casamento como a união de “dois numa só carne”, traduzindo a *unity of spouses* referida nos ordenamentos jurídicos da *common law*, afastava a possibilidade de acções de responsabilidade de um cônjuge contra o outro e, em particular, de acções por má administração¹⁰⁰⁸.

Não sendo obrigado a prestar contas, o cônjuge administrador é responsável pelos actos praticados intencionalmente em prejuízo do casal ou do outro cônjuge. O administrador pode constituir-se em responsabilidade civil para com o outro nos termos do art. 1681.º, n.º 1, 2.ª parte. Assim, é indispensável que se tenha verificado um acto 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 bens¹⁰⁰⁹.

As palavras da lei não consentem explicitamente a inclusão no art. 1681.º das omissões dolosas (e a hipótese pode, até, verificar-se com mais frequência do que a prática efectiva de actos de administração ruinosos), pois fala em “actos praticados”¹⁰¹⁰. 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

¹⁰⁰⁸ Salvatore Patti, “Il declino della *imunity doctrine*...”, *loc. cit.*, p. 385. V. também, Guilherme de Oliveira, “Dois numa só carne”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 2, n.º 3, 2005, p. 5.

¹⁰⁰⁹ O mesmo se exige no caso de fraude do cônjuge administrador no direito francês (v., p. ex., os arts. 1421.º, 1426.º, 1413.º e 262.º, 2.º, do Cód. Civil francês). V., A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, p. 236, e Flour/Champenois, *ob. cit.*, p. 309. Resulta do art. 1421.º do Cód. Civil francês, *a contrario*, que o acto praticado com fraude é inoponível ao outro cônjuge, além deste responsabilizar civilmente o cônjuge (v., o art. 1477.º do Cód. Civil francês que pode aplicar-se se as condições do “*recel*” estiverem preenchidas). Ou seja, a fraude, para efeitos do art. 1421.º do Cód. Civil francês, não conduz à invalidade do acto (ao contrário da sanção de anulabilidade fixada no art. 1427.º do Cód. Civil francês, e também no nosso art. 1687.º, no caso de o cônjuge ultrapassar os seus poderes de administração). Porém, Goubeaux/Voirin, *ob. cit.*, p. 62, e Rémy Cabrillac, *ob. cit.*, p. 197, admitem a anulação do acto se, além da actuação fraudulenta do cônjuge, o terceiro estiver de má fé. Isto mesmo decorre da lei espanhola, no art. 1391.º do Cód. Civil espanhol, ao dispor que quando um dos cônjuges actuar fraudulentamente face aos direitos do outro cônjuge será devedor do valor em causa e pode rescindir-se o acto de disposição se o adquirente estiver de má fé.

Portanto, uma coisa será a responsabilização do cônjuge pelos seus actos fraudulentos (que nós regulamos no domínio da responsabilidade do cônjuge administrador e o direito francês no art. 1421.º, 2.º, do Cód. Civil francês) e outra a anulação do acto por falta de poderes de disposição (art. 1687.º do nosso Cód. Civil e art. 1427.º do Cód. Civil francês).

¹⁰¹⁰ Cfr. Braga da Cruz, “Capacidade patrimonial...”, *loc. cit.*, pp. 367 e 368, que refere que o art. 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...*, *cit.*, vol. IV, p. 296.

A possibilidade de responsabilizar o cônjuge administrador pelos actos fraudulentos, nos termos do art. 1421.º, 1.º, do Cód. Civil francês, inclui também as abstenções que implicaram um empobrecimento nos bens comuns (v., Flour/Champenois, *ob. cit.*, p. 307).

o não defende. Respeitar-se-ia, assim, o princípio geral em matéria de responsabilidade civil do art. 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 acto 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”¹⁰¹¹. 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 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 art. 486.º¹⁰¹². 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 acto que o administrador estava a omitir, mas o regime não foi consagrado¹⁰¹³. É evidente que hoje poderia o mesmo ter algum interesse quando um cônjuge administra bens do outro por força da lei (art. 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 acções 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 art. 1681.º, preenchidos os seus pressupostos, mesmo no decurso do casamento¹⁰¹⁴. Aliás, a possibilidade de acções de um cônjuge contra o outro decorre também do art. 1684.º, n.º 3, ou do art. 1687.º. É evidente que se o cônjuge pretende propor uma acção 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

¹⁰¹¹ Braga da Cruz, “Capacidade patrimonial...”, *loc. cit.*, p. 368.

¹⁰¹² A. Lopes Cardoso, *A Administração dos Bens...*, *cit.*, pp. 300-302.

¹⁰¹³ Braga da Cruz, “Capacidade patrimonial...”, *loc. cit.*, p. 368.

¹⁰¹⁴ A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, pp. 237 e 238, e Cornu, *ob. cit.*, pp. 349 e 350.

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 infractor nos bens comuns do casal e só na sua falta ou insuficiência pelos bens próprios dele (art. 1689.º, n.º 3)¹⁰¹⁵. 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, efectivamente, teremos um restabelecimento dos bens comuns nos termos referidos, a que devemos acrescentar o art. 1689.º, n.º 1¹⁰¹⁶. 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 pelos bens próprios do cônjuge administrador¹⁰¹⁷. A única razão seria a da não intromissão alheia na vida familiar. Mas esta existe, como vimos, noutros casos (arts. 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 bens¹⁰¹⁸. De facto, a limitação estabelecida no art. 1681.º às regras

¹⁰¹⁵ A. Lopes Cardoso, *A Administração dos Bens...*, cit., pp. 299 e 300.

¹⁰¹⁶ 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 (F. Terré/Ph. Simler, *ob. cit.*, p. 388, M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, p. 171, A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., p. 245, e Rémy Cabrillac, *ob. cit.*, p. 197). Esta doutrina defende que o crédito resultante da responsabilidade por actos 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 art. 1421.º do Cód. Civil francês onde efectivamente o que está em causa é a administração de bens comuns. Ora, à luz do nosso art. 1681.º pode tratar-se da administração de bens comuns ou de bens próprios do cônjuge. Por isso, entendemos ser de diferenciar as situações. Mesmo no direito francês há autores que consideram tratar-se de um crédito do cônjuge e não da comunhão (v., p. ex., Montanier, *ob. cit.*, p. 151). No direito italiano, a indemnização a que um cônjuge está sujeito face ao outro, para efeitos do art. 184.º, 3.º, do Cód. Civil italiano, é entendida estar sujeita à norma das compensações (art. 192.º, 4.º, do Cód. 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, *ob. cit.*, p. 381).

¹⁰¹⁷ V., a propósito das compensações, a distinção entre créditos e compensações, e a razão do diferimento de apenas estas para o momento da partilha, *infra*, pp. 582 e segs. V., M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, p. 171, e A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., p. 245.

¹⁰¹⁸ Cfr., a este propósito, o ac. do STJ, de 22.07.1975 (*loc. cit.*), que refere que o art. 1681.º, n.º 1, 2.ª parte, estabeleceu uma limitação à irresponsabilidade do cônjuge administrador, estabelecida 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 (art. 1767.º). Também o ac. da RL, de 22.05.1968 (*JR*, ano 14.º, 1968, p. 565), ainda que à luz da redacção do art. 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.

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 (art. 1767.º). Mas esta solução só é viável se preencher os pressupostos do art. 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)¹⁰¹⁹.

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 arts. 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 art. 1681.º.

Tudo visto, parece-nos que esta solução (simples separação judicial de bens), em termos de sanção, é quase nada¹⁰²⁰. Aliás, não se compreende a razão pela qual, ainda hoje, se mantém o princípio da irresponsabilidade do cônjuge administrador, dado as razões apresentadas não terem muito fundamento. De facto, a existência de acções de um cônjuge contra o outro é admitida, como referimos, nos arts. 1684.º e 1687.º e nem por isso o legislador deixou de considerar, no decurso do casamento, o suprimento judicial do consentimento ou a possibilidade de anulação de certos actos. Além disso, mesmo que assim se considerasse, bastaria diferir o pagamento das indemnizações para o momento da partilha, e não excluir à partida a responsabilidade do cônjuge

No caso do regime de participação nos adquiridos, a disposição do art. 1580.º do Cód. 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, *Droit Civil...*, cit., p. 576).

¹⁰¹⁹ Sobre estes pressupostos, v., Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 601 e 602.

¹⁰²⁰ Neste sentido, A. Lopes Cardoso, *A Administração dos Bens...*, 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.*, p. 421, 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 actual 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 art. 1767.º perdeu alguma utilidade.

administrador. Como refere Heinrich E. Hörster, “seria extremamente desejável fortalecer o princípio da responsabilidade por meio de um preceito legal que, à semelhança do art. 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””¹⁰²¹.

Abriu-se, com a al. g) do n.º 2 do art. 1678.º e com os n.ºs 2 e 3 do art. 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. De facto, os n.ºs 2 e 3 do art. 1681.º apresentam excepções à regra da irresponsabilidade consagrada no n.º 1, introduzidas pela reforma do Cód. Civil de 1977¹⁰²².

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 art. 1161.º, a qual implica a obrigação de prestar contas. No entanto, e nos termos do n.º 2 do art. 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

¹⁰²¹ Heinrich Ewald Hörster, “A Respeito da Responsabilidade Civil...”, *loc. cit.*, p. 123. Jean Renauld, *ob. cit.*, p. 448, a propósito da responsabilidade do cônjuge administrador no direito belga, diz que este está sujeito às regras da responsabilidade que pesam sobre o “bom pai de família”, salvo quanto à aplicação dos frutos administrados.

¹⁰²² 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 art. 1681.º, designadamente nos seus n.ºs 2 e 3.

A Reforma de 1965 do Cód. Civil francês conduziu também à aplicação das regras do mandato, e à prestação de contas do mandatário, no caso de um cônjuge conferir mandato ao outro para administração ou disposição (v., os arts. 1431.º, 1432.º, 1539.º e 1540.º do Cód. Civil francês).

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 satisfeito¹⁰²³.

Pode acontecer que um dos cônjuges pratique actos de administração, mais ou menos continuamente, sem poderes. A situação está prevista no n.º 3 do art. 1681.º. A lei manda aplicar as regras do mandato se a administração se processa com conhecimento e sem 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)¹⁰²⁴. 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 (art. 1269.º), deve restituir os frutos que não colheu mas que um proprietário diligente poderia ter obtido (art. 1271.º) e perde, em qualquer caso, as benfeitorias voluptuárias que tenha feito (art. 1275.º, n.º 2)¹⁰²⁵. Exige-se, contudo, uma oposição expressa, não bastando, portanto, uma mera oposição tácita, por factos de onde ela se deduza.

Significa isso que se aplicarão, no caso dos n.ºs 2 e 3 do art. 1681.º, as regras constantes nos arts. 1157.º e segs.

O art. 1159.º refere que o mandato pode ser geral (n.º 1) ou especial (n.º 2), se o mandatário se encarregou de praticar certo acto. A extensão dos poderes do mandatário depende dos termos do contrato. De qualquer forma, o mandato para administrar não permite alienar (cfr. o art. 1682.º, n.º 2)¹⁰²⁶.

¹⁰²³ Estas limitações no caso de concessão de mandato tácito a um cônjuge para a administração de bens próprios do outro resultam também dos arts. 1432.º, 2.º, e 1540.º, 2.º, do Cód. Civil francês, e 1467.º do Cód. Civil belga. O direito italiano, no art. 217.º do Cód. Civil italiano, estabelece também limitações no caso de mandato conferido ao cônjuge. De facto, pode estabelecer-se a exclusão da obrigação de prestar contas. V., Gabrielli/Cubeddu, *ob. cit.*, p. 310, e L. Brusuglia, “La responsabilità patrimoniale...”, *ob. e loc. cit.*, p. 349, referindo que o art. 217.º do Cód. Civil italiano, ao afastar a regra geral da prestação de contas do mandatário, nos termos do art. 1713.º do Cód. Civil italiano, regula um efeito patrimonial específico do casamento. Também o art. 1439.º do Cód. Civil espanhol prevê a concessão de mandato ao cônjuge para administrar os bens próprios do outro, ficando aquele sujeito às obrigações do mandatário, nomeadamente, a de prestação de contas. Porém, a lei ressalva a prestação de contas relativas aos frutos percebidos e já consumidos, salvo se se demonstrar que foram utilizados com fim diferente ao da satisfação dos encargos familiares. Baseando-se a exclusão na presunção de que os frutos são consumidos com essa finalidade, se ela falha então manter-se-á a obrigação de prestação de contas dos mesmos (L. Díez-Picazo/A. Gullón, *ob. cit.*, p. 218).

¹⁰²⁴ É a também designada administração de facto.

¹⁰²⁵ Idêntica solução decorre dos arts. 1432.º e 1540.º do Cód. Civil francês, nos regimes de comunhão e de separação, respectivamente, quando um dos cônjuges administra bens próprios do outro com oposição deste.

¹⁰²⁶ De facto, embora os poderes do cônjuge administrador possam ir além da mera administração (art. 1682.º, n.º 2), abrangendo poderes de disposição de móveis comuns ou próprios do cônjuge administrador (sem prejuízo do art. 1682.º, n.º 4), o cônjuge que administra com base num mandato não pode dispor dos bens com fundamento no mesmo mandato. O mandato conferido nos termos do art. 1678.º, n.º 2, al. g), é apenas um mandato para administração e não para disposição dos bens em causa (cfr. o art. 1682.º, n.º 2, *a contrario sensu*). Para tal, deverá ser conferido outro mandato, concedendo poderes de disposição.

Relevante será referir as obrigações do mandante e do mandatário e verificar as suas excepções na administração dos bens do casal.

Quanto às obrigações do mandatário, constam do art. 1161.º, assumindo particular relevo, para o que nos interessa, a al. d), que impõe ao mandatário a obrigação de prestação de contas. A obrigação de prestar contas tem lugar todas as vezes que alguém trate de negócios alheios ou de negócios, ao mesmo tempo, próprios e alheios¹⁰²⁷.

Nos termos do art. 1162.º, o mandatário pode legitimamente afastar-se das instruções recebidas ou deixar de executar o mandato. Mas um desvio das instruções que não seja permitido nesses termos, torna o mandatário responsável pelos prejuízos e o mandante não está obrigado a aceitar a execução do mandato como tal.

Repare-se que o cumprimento ou não cumprimento das obrigações do mandatário será apreciado face às normas que regulam o cumprimento ou não cumprimento das obrigações em geral (cfr. os arts. 798.º e segs.). O art. 1681.º, n.ºs 2 e 3, ao remeter para as normas do mandato, nomeadamente em matéria de responsabilidade, introduziu uma importante excepção ao princípio da irresponsabilidade do cônjuge administrador, isto é, também o cônjuge-mandatário que não cumpra as suas obrigações será responsável nos termos gerais¹⁰²⁸.

Como sabemos, a lei vigente distingue o mandato com e sem representação (arts. 1178.º e segs. e 1180.º e segs.). No caso de mandato representativo aplicam-se não só as disposições do mandato mas também as da representação. São, pois, de aplicar conjuntamente as normas dos dois institutos (cfr. o art. 1178.º, n.º 1). Neste caso, é directamente na pessoa do mandante-representado que os efeitos jurídicos, dos negócios que o mandatário-representante celebra com terceiros, se produzem (art. 258.º), sem necessidade de uma ulterior transmissão do mandatário para o mandante (como acontece no mandato sem representação). O mesmo poderá ocorrer no âmbito da administração dos bens do casal, quando um dos cônjuges confere poderes administrativos ao outro por mandato.

Importa aqui proceder a uma delimitação de conceitos, procurando diferenciar as situações previstas nos referidos n.ºs 2 e 3 do art. 1681.º, ou seja, analisar a concessão do mandato por via expressa, tácita ou até aparente.

¹⁰²⁷ Como será, na maioria das vezes, no caso do cônjuge-mandatário, tratando-se de bens comuns.

¹⁰²⁸ Sem prejuízo das especificidades que, mesmo assim, o art. 1681.º, n.º 2, consagra.

As obrigações do mandante constam, por sua vez, do art. 1167.º. Repare-se também no art. 1168.º. V., o ac. da RC, de 30.06.1998 (*Col. Jurisp.*, tomo III, 1998, p. 43), onde se estipula que se o mandante não fornecer ao mandatário os elementos necessários, e este não renunciar ao mandato, mantêm-se as suas obrigações, com responsabilidade pelos danos.

O Cód. Civil parte do princípio da liberdade declarativa e distingue, em função disso, três modalidades em que a vontade pode ser revelada: a declaração pode ser expressa, tácita ou pode ser feita por meio da atribuição de valor declarativo ao silêncio (arts. 217.º e 218.º).

Ao lado das hipóteses de mandato expresso e tácito, nos termos legalmente definidos, poder-se-ia admitir o mandato aparente, onde, tal como o nome indica, há a aparência de um mandato mas este não existe (ou já não existe), não havendo qualquer declaração de vontade no sentido da sua constituição.

Muitas vezes a aparência do direito produz os mesmos efeitos que o próprio direito. Poder-se-á entender que, tendo alguém produzido através do seu comportamento a convicção (não culposa) num terceiro da existência de um contrato de mandato, essa pessoa fica vinculada aos actos que praticou, ou seja, se o “mandante”, pelo seu comportamento, criar no terceiro a aparência de um mandato deverá responder por isso.

A aparência do mandato deve ser suficientemente forte para enganar terceiros de boa fé¹⁰²⁹, que, por sua vez, deverão ter agido com toda a diligência necessária antes de contratar com o mandatário aparente. O problema do mandato aparente é o de saber como assegurar a protecção do terceiro. Como veremos, entende-se que da criação de uma aparência apenas pode derivar uma responsabilidade que recai sobre quem produziu tal situação por violação culposa do dever geral de boa fé nas relações jurídicas.

No direito francês, os arts. 1431.º e 1432.º do Cód. Civil francês, no regime de comunhão, e os arts. 1539.º e 1540.º do Cód. Civil francês, no regime de separação, regulam o mandato expresso e tácito, respectivamente¹⁰³⁰. De referir ainda que, nos termos do art. L. 321.º-1 do *Code rural*, o cônjuge que colabore ou coexplore uma

¹⁰²⁹ É também o que exige Léon Rautent, *Droit patrimonial de la famille...*, cit., n.º 164, para a admissibilidade do mandato aparente entre cônjuges na administração dos bens do casal a propósito do direito belga.

¹⁰³⁰ V., A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., pp. 259-261 e p. 553. Por seu lado, M. Grimaldi, *et alii*, ob. cit., p. 140, considera que o art. 1431.º do Cód. Civil francês aplica-se a todas as hipóteses de mandato concedido voluntariamente, seja expresso ou não. Refere, todavia, que a situação prevista no art. 1432.º do Cód. Civil francês é a de um mandato presumido. Também Terré/Simler, ob. cit., p. 395, considera que a situação prevista no art. 1432.º do Cód. Civil francês é a de actuação sem mandato, mesmo tácito, e sem oposição do outro cônjuge (art. 1432.º, 2.º, do Cód. Civil francês - situação em que se presume ter recebido um mandato tácito, tal como acontece no nosso art. 1681.º, n.º 3, 1.ª parte) ou com esta oposição (art. 1432.º, 3.º, do Cód. Civil francês - situação que o nosso art. 1682.º, n.º 3, 2.ª parte, também prevê). A falta de mandato, determina, nos regimes de separação e de participação nos adquiridos, uma ingerência de um dos cônjuges na administração dos bens do outro, com as sanções dos arts. 1540.º, 3.º, e 1541.º, e 1569.º do Cód. Civil francês.

Repare-se que o cônjuge mandatário beneficia da dispensa de prestar contas dos frutos, fixada nos termos do art. 1993.º do Cód. Civil francês, conforme dispõe o art. 1431.º, 2.ª parte, do Cód. Civil francês.

empresa agrícola presume-se ter recebido mandato para a prática dos actos de administração relativos à necessidade da exploração. O mesmo resulta do art. 9.º da Lei n.º 82-596, de 10 de Julho de 1982, em relação a uma empresa comercial ou artesanal¹⁰³¹.

Combinando tais disposições com o art. 222.º do Cód. Civil francês, pode também acontecer que um cônjuge pratique actos de administração (ou, neste caso, até de disposição) com base num mandato aparente do outro cônjuge, ou seja, no caso de existir gestão de bens próprios do outro cônjuge com oposição deste. De facto, a administração por um dos cônjuges dos bens do outro com oposição deste só poderá produzir algum efeito se se socorrer das presunções legais do art. 222.º do Cód. Civil francês e da teoria do mandato aparente¹⁰³². A figura do mandato aparente depende da verificação de certos requisitos. Desde logo, devem existir circunstâncias de facto que permitam concluir a existência de um mandato. A par deste elemento objectivo, exige-se, por um lado, a boa fé do terceiro e, por outro, a culpa do “mandante” (que fundamenta a suposição de um mandato), tudo levando a entender que existe um mandato e o “mandante” se encontra vinculado. A crença do terceiro na existência de um mandato deve, assim, ser legítima, fundando-se nas circunstâncias que induzem o terceiro nesse sentido. O recurso ao mandato aparente, e como referiremos *infra*, é essencialmente utilizado para evitar a anulação de um acto de disposição praticado por um cônjuge sem o consentimento do outro. De facto, o recurso ao mandato aparente permite proteger terceiros que contrataram com o cônjuge que, aparentemente, estava investido de poderes de representação do outro cônjuge¹⁰³³.

¹⁰³¹ V., Flour/Champanois, *ob. cit.*, pp. 79-83, e Cornu, *ob. cit.*, pp. 137-139 e pp. 143-145.

¹⁰³² Terré/Simler, *ob. cit.*, p. 397, e Cornu, *ob. cit.*, p. 394. Permite-se, assim, esta figura mesmo havendo oposição do outro cônjuge, com base nas presunções do art. 222.º do Cód. Civil francês.

¹⁰³³ V., Monéger, “Le mandat apparent d’un époux de vendre un immeuble dépendant de la communauté (à propos de l’arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 14 décembre 1976)”, *JCP* 1979.I.137, pp. 137-149, onde se analisa precisamente um dos casos em que um dos cônjuges dispôs de um imóvel e vem depois requerer-se a anulação do acto por falta do consentimento do outro cônjuge, assentando o tribunal a sua decisão na teoria do mandato aparente. Chama a atenção o referido autor para a necessidade de alguma cautela na utilização da teoria da aparência, dado que, além de afectar as regras do regime de administração dos bens do casal, pode tornar inútil a disposição do art. 1427.º do Cód. Civil francês, bem como todas as normas que exigem o consentimento de ambos os cônjuges (nomeadamente, em relação à casa de morada da família – art. 215.º, 3.º, do Cód. Civil francês). A jurisprudência francesa tende a não admitir a teoria do mandato aparente, sendo muito rigorosa na apreciação da legítima crença do terceiro na existência de um mandato.

O recurso à teoria do mandato aparente era também utilizada pela jurisprudência francesa quanto aos actos praticados pela mulher, quando esta não tinha capacidade para a realização de negócios jurídicos. Os credores podiam exigir a dívida ao marido quando os gastos realizados pela mulher estivessem de acordo com a situação aparente dos cônjuges.

Admitindo o mandato aparente, em sede de indivisão e partilha sucessória, v., Jean-Louis Costes, “La représentation dans la gestion d’une indivision”, *JCP* 1985.I.3181.

No direito italiano, o art. 217.º do Cód. Civil italiano (para o qual o art. 185.º do mesmo código remete, e, por isso, aplicável a todos os regimes), no domínio da administração dos bens próprios¹⁰³⁴, prevê nos seus §§ 2.º e 3.º o mandato (que pode ser expresso ou tácito¹⁰³⁵, devendo, em todo o caso, o mandato para dispor obedecer à forma necessária para o acto em causa), estipulando a obrigação do mandatário prestar contas dos frutos ou apenas, sendo tal estipulado, dos frutos existentes e não consumidos. Por seu lado, o seu § 4.º estipula a mesma norma prevista no nosso art. 1681.º, n.º 3, 2.ª parte. Ou seja, quando um cônjuge administra os bens próprios do outro com oposição deste responde pelos danos causados e pela perda na percepção dos frutos, protegendo-se a aparência criada em terceiros que com o falso procurador contrataram¹⁰³⁶. Torna-se, assim, lícita a ingerência de um dos cônjuges na administração dos bens do outro devido à inércia deste.

O art. 217.º do Cód. Civil italiano deve ainda articular-se com o disposto no art. 218.º do mesmo código, isto é, o cônjuge que usufrua dos bens próprios do outro está sujeito às obrigações do usufrutuário¹⁰³⁷. Além disso, o cônjuge que administra bens do outro é

¹⁰³⁴ A possibilidade de existir mandato para administração dos bens comuns resulta do art. 182.º do Cód. Civil italiano, como já referimos. O art. 217.º do Cód. Civil italiano apresenta as mesmas soluções já anteriormente consagradas no direito italiano, mas apenas para o regime de separação de bens. De facto, apenas neste regime, onde cada um dos cônjuges mantinha a administração e poder de disposição dos seus bens, podia um dos cônjuges (normalmente o marido) administrar por força de mandato os bens do outro cônjuge. Tal mandato podia ser expresso ou tácito ou ainda resultar da inércia do outro cônjuge, e estipular a obrigação de prestação de contas ou isentar o mandatário de tal obrigação (arts. 212.º e 214.º do Cód. Civil italiano na redacção anterior à Reforma de 1975). V., Roberto de Ruggiero, *Istituzioni di Diritto Civile...*, cit., pp. 165 e 166, Guido Tedeschi, *ob. cit.*, pp. 690-701, Liguori/Distaso/Santosuosso, *Commentario del Codice Civile...* cit., pp. 1040-1047 e p. 1049, e Santosuosso, *Il matrimonio e il regime patrimoniale...*, cit., pp.542-545.

¹⁰³⁵ Santosuosso, *Beni ed attività economica...*, cit., p. 130, a propósito do mandato para administrar bens comuns (art. 182.º do Cód. Civil italiano), considera que não é possível a concessão do referido mandato de forma tácita, atendendo à norma que dispõe sobre a actuação conjunta dos cônjuges.

¹⁰³⁶ Poderia considerar-se que esta situação configura uma representação sem poderes que carece, para produção de efeitos, de ratificação. Não havendo ratificação o terceiro pode requerer uma indemnização nos termos do art. 1398.º do Cód. Civil italiano, ou seja, terá direito a ver ressarcidos os danos causados por ter confiado sem culpa na validade do negócio celebrado pelo falso procurador. M. Gorgoni, *ob. e loc. cit.*, p. 552.

¹⁰³⁷ O que gera problemas de articulação entre a aplicação das regras do mandato, por força do art. 217.º do Cód. Civil italiano, e das regras do usufruto, nos termos do art. 218.º do Cód. Civil italiano. Ora, o art. 217.º do Cód. Civil italiano apenas regula o caso do mandato, enquanto que o art. 218.º do Cód. Civil italiano refere-se a qualquer hipótese em que um dos cônjuges usufrui dos bens do outro (p. ex., por contrato de locação, comodato, etc.). V., Cospite, “Del regime di separazione dei beni”, in AAVV, *Commentario breve al Codice Civile*, cit., sob a direcção de Cian/Trabucchi, p. 297, M. Gorgoni, *ob. e loc. cit.*, p. 543, e F. Capoluongo, “Il regime di separazione dei beni”, in AAVV, *Manuale del nuovo Diritto di Famiglia*, cit., sob a direcção de G. Cassano, p. 737.

Anteriormente à Reforma de 1975, quando o marido administrava os bens parafernais da mulher (art. 212.º do Cód. Civil italiano), estava também sujeito às obrigações do usufrutuário (art. 213.º do Cód. Civil italiano). E a mesma obrigação resultava do art. 192.º do Cód. Civil italiano, relativamente às obrigações do marido em relação aos bens dotais, e do art. 214.º do Cód. Civil italiano, no caso de ser a mulher a administrar os bens próprios do marido.

sempre responsável pelos danos que causar por dolo ou culpa grave (art. 1713.º do Cód. Civil italiano).

A possibilidade de um dos cônjuges conferir ao outro mandato para administrar os seus bens próprios está prevista no art. 1439.º do Cód. Civil espanhol (a propósito do regime de separação de bens e aplicável ao regime de participação nos adquiridos por força do art. 1413.º do Cód. Civil espanhol). A administração dos bens próprios de um pode passar para o outro cônjuge por força de um mandato expresso, tácito ou resultar também de mera gestão de negócios.

Também no direito espanhol poderá haver um mandato aparente quando, das circunstâncias de facto, resultar para o terceiro (de boa fé) a existência de um mandato, sem que o “mandante”, que sabia ou devia saber da inexistência dele se tivesse actuado com a diligência exigida no tráfego jurídico, tenha tomado as necessárias medidas para destruir a aparência jurídica. De qualquer forma, faltará sempre uma vontade de conceder um mandato por parte do “mandante”, que nem tem conhecimento do acto em causa¹⁰³⁸. A imputação ao cônjuge “mandante”, por omissão da diligência devida, da confiança suscitada ao terceiro pela aparência criada, permite que o cônjuge “mandante” não possa recusar o cumprimento do acto em causa face ao terceiro.

Ao contrário dos outros ordenamentos jurídicos, incluindo o nosso, não distingue a lei espanhola se a administração dos bens próprios de um dos cônjuges pelo outro é com o seu consentimento ou pelo menos se é com ou sem a sua oposição. Em todo o caso, e sendo normal a administração de facto de um dos cônjuges dos bens próprios do outro, a lei equipara a gestão por um dos cônjuges sem a oposição do outro (por tolerância) a um mandato tácito (quando a tolerância traduza inequivocamente essa vontade, tendo esta, portanto, de existir, não bastando o silêncio)¹⁰³⁹. De referir que se não há consentimento do cônjuge para conceder mandato e a intervenção do seu cônjuge ocorre contra a sua vontade (com a sua oposição e não a mera tolerância), há um ilícito pelo qual o cônjuge administrador deverá responder pelos danos e prejuízos, atendendo, todavia, aos lucros obtidos pelo cônjuge cujo património foi administrado contra a sua vontade (não sendo de aplicar a isenção de prestação de contas prevista no art. 1439.º do Cód. Civil espanhol, ainda que possa configurar-se uma gestão de negócios)¹⁰⁴⁰.

¹⁰³⁸ M.ª Eugenia Rodríguez Martínez, *ob. cit.*, pp. 103-110.

¹⁰³⁹ Martínez Cortés, "El régimen económico de separación de bienes", in AAVV, *Instituciones de Derecho Privado...*, *cit.*, p. 331. V. também, M.ª Eugenia Rodríguez Martínez, *ob. cit.*, pp. 94-103.

¹⁰⁴⁰ M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, p. 1942.

O § 1413.º do BGB prevê a possibilidade de um dos cônjuges atribuir ao outro a administração dos seus bens. Na Alemanha distingue-se o mandato tácito, aparente e, ainda, por tolerância. No mandato tácito a concessão de poderes é manifestada através de um procedimento concludente, isto é, haverá um comportamento do “mandante” que se apresente para o terceiro como uma declaração de vontade no sentido de conceder poderes. Não há aqui qualquer aparência. O mandato é real.

No mandato por tolerância, quem conhecer a actuação reiterada de uma pessoa, por sua conta, sem poderes para tal, e a tolerar responde, como mandante, perante terceiros, segundo as regras da boa fé¹⁰⁴¹. Este mandato gera um mandato aparente, pois, ao contrário do que acontece no mandato tácito, não existe uma vontade do “mandante”, no sentido de atribuir poderes e apenas será tutelada a confiança do terceiro na existência de tal relação.

Por sua vez, quem, de forma imputável, criar a aparência exterior de ter conferido a outrem um mandato, tem de ser tratado, nas relações com terceiros de boa fé, com os quais o outro tenha efectuado negócios jurídicos, tal como se tivesse realmente conferido poderes àquele. É-lhe imputada a aparência de um mandato quando, se tivesse usado da necessária cautela, teria ou poderia ter conhecimento da intervenção do “mandatário” e evitá-la. Neste mandato aparente há um desconhecimento negligente da representação (e, por isso, há quem o distinga do mandato por tolerância).

Em Portugal, poderá também conceber-se a existência de um mandato aparente, nos mesmos termos, ou seja, quando, da situação de facto, resultar para o terceiro a aparência da existência de um mandato, sem que o “mandante” tenha declarado qualquer vontade nesse sentido, mas não se tenha oposto a uma actuação de outrem por sua conta.

Em todos os casos, existindo a aparência de um mandato nos termos vistos, o “mandante” aparente será considerado um verdadeiro mandante, isto é, aplicar-se-ão as regras do mandato. Entende-se, contudo, que a mera aparência não pode criar um contrato de mandato, ou seja, o “mandante” não responderá como um real e verdadeiro mandante, como se de um mandato se tratasse, mas apenas no âmbito de uma responsabilidade pré-contratual, nos termos do art. 227.º, por culpa *in contrahendo*¹⁰⁴².

¹⁰⁴¹ Esta ideia da tolerância como forma de concessão de um mandato é também referida por T. Auletta, *Il diritto di famiglia*, cit., p. 140, quando um dos cônjuges consente de facto na administração dos seus bens pelo outro.

¹⁰⁴² Raúl Guichard Alves, *Alguns aspectos do instituto da representação no Código Civil de 1966*, policopiado, Porto, 1992, pp. 143 e segs., defende que, no sistema legal português, se deve rejeitar a construção da figura do mandato aparente (ainda que se refira, mais concretamente, ao instituto da representação). Contra tal concepção depõe a disciplina legal da falta de consciência na

De facto, a teoria da aparência tende a ser afastada pela nossa doutrina, como veremos a propósito da união de facto. Tratando-se de um verdadeiro silêncio do “mandante”, ou seja, se ele não se manifestou sequer indirectamente, sabendo que alguém actuou ou actua por sua conta, essa “omissão” só valerá como declaração negocial nos termos do art. 218.º. Nos demais casos, não haverá qualquer declaração de vontade. Se houver qualquer manifestação de vontade então estaremos perante um mandato tácito e esse já será um verdadeiro mandato.

Qual então a solução a adoptar em matéria de administração dos bens do casal, nos termos do art. 1681.º, n.ºs 2 e 3?

É evidente que o n.º 2 referido se reporta aos casos em que existe um mandato expresso. A questão coloca-se relativamente ao n.º 3, isto é, está aqui em causa um mandato tácito ou aparente?

Atendendo ao exposto acima, parece-nos que a melhor solução será a de dividir o referido n.º 3 em duas partes, ou seja, se o cônjuge, preterido na administração, conhecia, ou devia conhecer, a actuação do outro mas a ela não se opõe (pelo menos, expressamente), poderemos ter um mandato tácito ou aparente, consoante haja ou não uma declaração de vontade desse cônjuge (mandante), no sentido de daí se extrair, com toda a probabilidade, a existência de um mandato. Neste caso, quer o mandato seja tácito ou aparente (e a admitir a sua produção de efeitos como verdadeiro mandato)¹⁰⁴³, aplicar-se-ão as regras do mandato, por força do próprio art. 1681.º, n.º 3, 1.ª parte, que remete para o seu n.º 2 e para os arts. 1157.º e segs. Por outro lado, teremos um mandato aparente, que não gerará um verdadeiro contrato de mandato, com a aplicação das suas regras, se o cônjuge (“mandante”) se vier opor expressamente à actuação do outro cônjuge¹⁰⁴⁴. Neste caso, por força do art. 1681.º, n.º 3, 2.ª parte, o cônjuge administrador responde como possuidor de má fé¹⁰⁴⁵. Repare-se que, mesmo não havendo mandato, o

declaração (art. 246.º). De facto, dispõe o art. 246.º que a declaração não produz qualquer efeito, mesmo que a falta de consciência na declaração não seja conhecida do declaratório, e estabelece-se uma indemnização para a hipótese da falta de consciência ser devida a culpa do declarante.

A aparência jurídica da existência de um mandato conduz apenas a uma responsabilidade do “mandante” pelo seu comportamento e pelo dano que dele resultou.

¹⁰⁴³ Caso assim não se entenda, sempre haveria lugar à responsabilização do “mandante” por culpa *in contrahendo*.

¹⁰⁴⁴ Poder-se-á até duvidar que se trate, neste caso, de um mandato aparente, se o cônjuge “mandante” não tiver criado, pela sua atitude, qualquer aparência nesse sentido, face a terceiros. Tal aparência pode, todavia, ter sido criada, tanto mais que uma coisa é a oposição expressa face ao outro cônjuge e outra a oposição que chega ao conhecimento do terceiro. Com efeito, pode existir a primeira sem o conhecimento do terceiro, situação em que teremos um mandato aparente.

¹⁰⁴⁵ Quanto à qualificação do crédito de indemnização como bem próprio ou comum, v., Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 420 e 421, que optam pela caracterização, mesmo quando o dano seja sobre um bem comum, de bem próprio. Ou seja, o

cônjuge que actua apenas é responsável como possuidor de má fé, não se afectando o negócio celebrado com o terceiro, desde que o cônjuge que actue tenha poderes de administração e, sendo o caso, de disposição (sob pena de, neste último caso, poder haver anulação do acto, nos termos do art. 1687.º)¹⁰⁴⁶.

Admitindo a teoria do mandato aparente, o cônjuge “mandante” ficará também vinculado às eventuais obrigações decorrentes da actuação do “mandatário” face ao terceiro (arts. 1691.º, n.º 1, al. a), incluindo-se o mandato na concessão de consentimento, e 1695.º)¹⁰⁴⁷.

Há, assim, uma certa incongruência no nosso direito¹⁰⁴⁸. De facto, se a administração se funda em mandato expresso ou tácito, ou até em administração de facto, sem título, já não se limita a responsabilidade do cônjuge administrador aos actos de actuação dolosa. Os actos culposos geram responsabilidade civil, apesar do eventual prejuízo para as relações conjugais.

No direito francês, apesar de se ter proposto uma responsabilidade do administrador apenas por culpa muito grave, praticamente igual ao dolo, vigora um regime em que se dá relevo à culpa, em geral (art. 1421.º do Cód. Civil francês). Apesar disso, a doutrina entende que não deve exagerar-se ao ponto de pedir responsabilidades ao administrador por qualquer pequena falta¹⁰⁴⁹.

crédito corresponde a metade do dano e pertence ao cônjuge meeiro que se achou prejudicado. Também na doutrina francesa é discutido se o crédito indemnizatório é um bem comum ou se é um crédito entre cônjuges (v., A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., p. 245).

¹⁰⁴⁶ Manuel Albaladejo, *Curso de Derecho Civil...*, cit., p. 203, e *Compendio...*, cit., pp. 567 e 568, defende, a propósito do art. 1439.º do Cód. Civil espanhol, a aplicação das regras da gestão de negócios, ou seja, não existindo mandato aplicar-se-ão as regras da gestão de negócios tendo o gestor as mesmas obrigações do mandatário (sem prejuízo do benefício de isenção de contas que o referido artigo prevê para o mandato de administração entre cônjuges). Contudo, ainda que a solução pudesse implicar uma responsabilização do gestor (arts. 465.º, als. c) e d), e 466.º), dificilmente, não o determinando a lei, poderá configurar-se um caso em que um cônjuge administre negócio alheio (só o sendo no caso de administração dos bens próprios do outro cônjuge) sem para tal estar autorizado (situação que acarreta a nulidade do acto de disposição, se for o caso, nos termos do art. 1687.º, n.º 4). Caso a lei não o determine expressamente, tal como já referimos em relação à al. f) do n.º 2 do art. 1678.º, a possibilidade de se configurar uma situação de gestão de negócios ocorre para efeitos do art. 1679.º e não para efeitos de atribuição de poderes de administração (v., *infra*, p. 435, nota 1069).

¹⁰⁴⁷ O mesmo é defendido por M.ª Eugenia Rodríguez Martínez, *ob. cit.*, p. 112, ao dizer que se se admite que um cônjuge conferiu ao outro o seu consentimento para a realização de um certo acto por mandato aparente, para protecção do terceiro que com este contratou, também se deverá entender que o “mandante” está obrigado, não só com os bens comuns, mas também com os seus bens próprios. Poderá, contudo, o cônjuge “mandante”, se não quis o acto e se o seu “mandatário” sabia dessa desconformidade, requerer uma indemnização ao seu cônjuge, nos termos dos arts. 1390.º e 1391.º do Cód. Civil espanhol (solução não contemplada no nosso ordenamento jurídico). De facto, a protecção do mandato aparente funciona para o terceiro mas não nas relações entre os cônjuges.

¹⁰⁴⁸ As palavras são de Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 418.

¹⁰⁴⁹ Flour/Champenois, *ob. cit.*, p. 307, e A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., p. 244.

Face ao regime do art. 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 judicial¹⁰⁵⁰, 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 arts. 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 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 infractor¹⁰⁵¹. Por isso, seria de toda a utilidade uma disposição semelhante à proposta por Braga da Cruz, e já referida, quanto à introdução legislativa da possibilidade de, na falta de actuação do cônjuge administrador, poder o outro cônjuge praticar o acto em causa.

Pense-se também na hipótese de, actuando no exercício de poderes de administração, um cônjuge contrair dívidas (art. 1690.º), que negligentemente prejudicam o património comum e, indirectamente, o outro cônjuge. Será o caso, p. ex., e muito frequente, do exercício de uma actividade comercial por um dos cônjuges em nome individual. Não tem o seu cônjuge qualquer meio que o impeça de obstar preventivamente a tais danos nem de obter seguramente uma indemnização (pelo seu cônjuge) pelos danos causados pela actuação danosa (excluída a hipótese legal do art. 1681.º que exige actuação dolosa). Resta-lhe a separação judicial de bens ou o divórcio (que será certamente litigioso)¹⁰⁵², que exigem o preenchimento de certos pressupostos, ou uma eventual

¹⁰⁵⁰ Seguimos aqui o entendimento de Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 422.

¹⁰⁵¹ A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, p. 124. Possibilidade que pode obter-se, no direito francês, se estiver em causa o interesse da família (art. 220.º-1 do Cód. Civil francês).

Fixando o art. 1385.º do Cód. Civil espanhol (já que nos depósitos bancários o que existe é um crédito sobre a entidade bancária) 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, 1982, p. 126, e Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida, *et alii*, *Elementos de Derecho Civil. Familia*, *cit.*, p. 236, admitem que o cônjuge do depositante possa requerer judicialmente um bloqueio da conta em causa quando justificadamente reclame esses fundos para a comunhão.

¹⁰⁵² Não falamos no texto de casos que integram uma possível interdição ou inabilitação por anomalia psíquica ou habitual prodigalidade.

compensação que o cônjuge devedor efectue ao património comum (que cairá por terra se os bens comuns não existirem mais e se o devedor também não tiver bens próprios). Responsabilizando ou prevenindo a actuação do cônjuge administrador acautelar-se-ia um sobre-endividamento decorrente da legitimidade de qualquer um dos cônjuges para contrair dívidas.

O direito francês tem uma disposição que tem sido aplicada nestes casos – o art. 220.º-1 do Cód. Civil francês. Os tribunais emitem interdições ou injunções positivas de praticar certos actos, com o intuito de evitar a produção de um dano e por um período limitado de três anos¹⁰⁵³. No nosso direito sempre se poderia requerer providências cautelares não especificadas (arts. 381.º e segs. do Cód. de Processo Civil). Porém, estas são obrigatoriamente requeridas em função de uma acção futura sob pena de caducidade (art. 389.º, n.º 1, al. a), do Cód. de Processo Civil), enquanto que o procedimento do direito francês não está sujeito a esta condição.

A utilização do art. 220.º-1 do Cód. Civil francês não está isenta de dificuldades, nomeadamente, porque a norma está redigida em moldes demasiado amplos. Demonstrado que um cônjuge faltou gravemente aos seus deveres, pondo assim em perigo os interesses da família, permite-se ao juiz decretar todas as medidas urgentes que aqueles interesses ordenarem. Exige-se um comportamento culposo, não bastando o não cumprimento dos referidos deveres conjugais, com prejuízo para os interesses da família, por mera inaptidão para gerir certos bens ou por impossibilidade de manifestar a sua vontade. Questiona-se, p. ex., se essas violações são apenas de deveres patrimoniais ou também pessoais¹⁰⁵⁴; se o tribunal pode impor medidas de carácter pessoal, como a proibição de exercer uma dada profissão¹⁰⁵⁵; quando pode dizer-se que um interesse está em perigo (entendendo-se que não será necessário que o dano já se tenha produzido, bastando que seja iminente ou muito provável a curto prazo); se basta a tutela de qualquer interesse de um membro da família que não seja o infractor¹⁰⁵⁶...

¹⁰⁵³ O recurso ao art. 220.º-1 do Cód. Civil francês não afasta a possibilidade de recurso aos arts. 1426.º, no caso de se tratar de bens comuns, e 1429.º, tratando-se de bens próprios, ambos do Cód. Civil francês, servindo mesmo de acção prévia a estes.

¹⁰⁵⁴ Não distinguindo a lei, a doutrina tende a admitir uma interpretação ampla de tais deveres (pessoais e patrimoniais). V., Aubry/Rau, *ob. cit.*, pp. 107 e 108, Marty/Raynaud, *ob. cit.*, p. 49, Flour/Champenois, *ob. cit.*, p. 128, A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, pp. 73 e 74, e Rémy Cabrillac, *ob. cit.*, p. 76.

¹⁰⁵⁵ Admitindo-o uns autores (Marty/Raynaud, *ob. cit.*, p. 52, e A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, p. 76) e negando-o outros (Maurie/Aynés, *ob. cit.*, p. 76).

¹⁰⁵⁶ Neste sentido, A. Colomer, *ob. cit.*, p. 74.

Por outro lado, e no caso de se tratar não de omissões do cônjuge administrador, mas de situações em que este ultrapassa os seus poderes¹⁰⁵⁷, pode o outro cônjuge recorrer ao art. 1427.º do Cód. Civil francês, com vista à anulação do acto. E esta anulação é oponível a terceiros, ou seja, se o cônjuge não tinha poderes para a prática do acto não pode haver qualquer protecção do terceiro que com esse cônjuge contratou¹⁰⁵⁸.

Entre nós, o cônjuge lesado poderá também requerer uma acção de invalidade (nulidade) do acto em causa, quando haja actuação sem poderes administrativos, nos termos do art. 1687.º, n.º 4, mas terá de haver um acto de disposição e não de mera administração. Neste caso, o acto poderá ser nulo, tratando-se de bens próprios do outro cônjuge, de acordo com as regras gerais e a protecção do terceiro de boa fé poderá ocorrer de acordo com essas mesmas regras (arts. 892.º e 291.º).

O ordenamento jurídico francês prevê, mesmo no âmbito do regime imperativo, e na sequência do que referimos, uma série de medidas a que qualquer um dos cônjuges pode recorrer no caso de actos mais graves praticados pelo outro cônjuge no exercício dos seus poderes de administração. Assente na independência e autonomia recíprocas dos cônjuges a lei francesa não deixa de prever medidas a utilizar em situações de crise. Assim, além da possibilidade de concessão de um mandato ao outro cônjuge (art. 218.º do Cód. Civil francês) ou a possibilidade de actuar como gestor de negócios (art. 219.º, 2.º, do Cód. Civil francês), os arts. 217.º e 219.º, 1.º, do Cód. Civil francês [aos quais pode acrescentar-se, nos regimes de comunhão, os arts. 1426.º (que estipula, para situações duradoiras, a possibilidade de um cônjuge substituir o outro na administração dos bens comuns)¹⁰⁵⁹, 1427.º e 1429.º (este em relação aos bens próprios, tal como o art.

¹⁰⁵⁷ Nomeadamente, quando um dos cônjuges entra na administração dos bens relativos ao exercício da profissão do outro cônjuge (art. 1421.º, 2.º, do Cód. Civil francês), ou se ultrapassa os poderes que o outro lhe conferiu por mandato ou que obteve por decisão judicial ou ainda nos casos em que se exige a administração conjunta (arts. 1422.º, 1424.º e 1425.º do Cód. Civil francês) e o cônjuge actua sozinho.

¹⁰⁵⁸ A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., p. 242. Para o autor o referido art. 1427.º do Cód. Civil francês não é aplicável aos actos fraudulentos. Aplica-se aos casos em que um cônjuge ultrapassa os poderes que, por mandato judicial ou convencional do seu cônjuge, lhe foram atribuídos (p. 243). V. também, do mesmo autor, “La réforme de la réforme des régimes matrimoniaux ou: vingt ans après (premières réflexions sur la loi du 23 décembre 1985)”, *Recueil Dalloz Sirey*, VII, 1986, p. 53. Para M. Grimaldi, *et alii*, ob. cit., p. 167, os terceiros podem invocar, para protecção dos seus interesses, as presunções dos arts. 221.º e 222.º do Cód. Civil francês.

¹⁰⁵⁹ O art. 1426.º do Cód. Civil francês distingue-se facilmente dos arts. 217.º (que prevê uma mera autorização para um acto determinado e não para uma generalidade de actos) e 220.º-1 (que autoriza medidas pontuais e temporárias) do Cód. Civil francês, mas pode confundir-se com a situação prevista no art. 219.º do mesmo código. Porém, este visa situações temporárias, ao passo que aquele visa situações duradoiras, além de a actuação ao abrigo do art. 219.º do Cód. Civil francês conferir ao cônjuge poderes de representação do outro, enquanto que pelo art. 1426.º do Cód. Civil francês o cônjuge substitui o outro, exercendo um poder próprio (F. Terré/Ph. Simler, ob. cit., pp. 371 e 372).

219.º do Cód. Civil francês, mas para situações de carácter duradouro) do Cód. Civil francês], prevêem modos do cônjuge afectado reagir face a situações de impossibilidade ou incapacidade de actuar ou recusa no consentimento (quando este é exigido) do outro cônjuge (medidas que estendem os poderes ao outro cônjuge) ou face a omissões na actuação do outro cônjuge (art. 220.º-1 do Cód. Civil francês, que estabelece medidas de restrição dos poderes do cônjuge, como vimos)¹⁰⁶⁰. Tratam-se das medidas judiciais de protecção, necessárias para acautelar uma administração justa e cuidada dos bens.

Idênticas medidas são previstas pelos arts. 220.º e 1420.º do Cód. Civil belga, no caso de impossibilidade de um dos cônjuges prestar o seu consentimento (seja este necessário por o acto se incluir nas situações de administração conjunta ou por se tratar de um acto de administração de um bem próprio) e art. 1426.º do mesmo código, no caso de inaptidão na gestão. Prevê ainda, no seu art. 221.º, uma medida idêntica à do art. 220.º-1 do Cód. Civil francês.

Também o art. 183.º do Cód. Civil italiano, ao lado da possibilidade de requerer a separação judicial de bens (art. 193.º do Cód. Civil italiano)¹⁰⁶¹, admite a privação judicial dos poderes de um cônjuge que pratique actos danosos de administração¹⁰⁶².

¹⁰⁶⁰ Pode ainda acrescentar-se, tendo os cônjuges optado pelo regime de participação nos adquiridos, a constituição de hipoteca legal por cada um dos cônjuges sobre os bens do outro, para assegurar o crédito de participação (art. 2136.º do Cód. Civil francês). Para evitar, contudo, a paralisia de cada cônjuge na gestão dos seus bens, a referida hipoteca apenas tem efeitos no momento da dissolução do regime.

¹⁰⁶¹ Em todo o caso, convém referir que a solução do art. 193.º do Cód. Civil italiano, ao contrário do art. 183.º do mesmo código, permite prevenir actos potencialmente perigosos para o património comum resultantes da administração de bens próprios (A. Galasso, *ob. cit.*, p. 349). Isto ainda que haja autores que permitam que a exclusão da administração possa resultar de má administração do património próprio, dado que também esta pode originar dívidas pelas quais, ainda que a título subsidiário, responde o património comum (art. 189.º do Cód. Civil italiano). V., L. Barbiera, *ob. e loc. cit.*, p. 543.

¹⁰⁶² V., A. Galasso, *ob. cit.*, pp. 349 e 349. O mesmo facto impeditivo da participação de um dos cônjuges na administração comum pode dar origem aos “remédios” previstos nos arts. 181.º, 182.º e 183.º e até à separação do art. 193.º, todos do Cód. Civil italiano (A. Galasso, *ob. cit.*, p. 344). Também a menoridade do cônjuge pode implicar a exclusão da administração (v., L. Bruscutta, “L’amministrazione dei beni...”, *ob. e loc. cit.*, pp. 276-280). Em vez de o outro cônjuge requerer autorização judicial, nos termos do art. 182.º do Cód. Civil italiano, para a prática de todos os actos de administração conjunta, pode requerer a exclusão do cônjuge menor da administração. De facto, ainda que o casamento do menor careça também de uma apreciação da sua maturidade para contrair casamento pelo tribunal (autorização judicial), esse juízo não abrange necessariamente os seus dotes de bom administrador. Não se tratará tanto de um caso de protecção do menor, mas de um interesse do outro cônjuge em assegurar a administração do património comum. Aliás, não basta a menoridade para decretar a medida do art. 183.º do Cód. Civil italiano, sendo necessário que se verifique uma inaptidão do cônjuge menor para administrar o património comum (A. Galasso, *ob. cit.*, pp. 345 e 346). Contra, considerando que a menoridade é suficiente, A. Finocchiaro/M. Finocchiaro, *Riforma del diritto...*, *cit.*, p. 546.

As outras hipóteses de exclusão da administração são a da impossibilidade de administrar (por doença, ausência prolongada, etc.) e a má administração, por violação dos deveres de cuidado do património comum. Finalmente, refere ainda o art. 183.º, 3.º, do Cód. Civil italiano, como causa de exclusão automática (de direito), a interdição. Não refere o legislador a inabilitação, ainda que De Paola/Macri, *ob. cit.*, p. 184, a integrem na impossibilidade de administrar. Bruno de Filippis, *ob. cit.*, p. 275, afasta a inabilitação como causa de exclusão, mas admite que as causas que conduzem à inabilitação podem conduzir à exclusão como má administração ou impossibilidade de administrar. Contra, Santosuosso, *Commentario del Codice Civile. Delle persone e della*

Esta violação dos deveres de administração do património comum deve ser sistemática, e não ocasional, traduzindo-se num abuso do poder de administração. Enquanto que no nosso direito a única possibilidade de reagir à má administração de um dos cônjuges resume-se ao art. 1681.º (e a uma eventual acção de indemnização e de reparação dos danos) e à separação judicial de bens, com todos os entraves que um e outra impõem, pela verificação dos seus requisitos, o direito italiano prevê uma medida preventiva evitando a prática de actos de má administração, ao excluir da administração o cônjuge que possa provocar os danos. A doutrina italiana diverge, porém, quanto aos efeitos desta exclusão. De facto, enquanto que a doutrina maioritária considera que a exclusão conduz à concentração da administração (ordinária e extraordinária) do património comum nas mãos do outro cônjuge¹⁰⁶³, outros autores entendem ser tal solução perigosa para o interesse do cônjuge excluído e, por isso, para os actos de administração extraordinária o outro cônjuge continua a carecer da autorização judicial para a sua prática¹⁰⁶⁴.

Por seu lado, o art. 1388.º do Cód. Civil espanhol permite conferir a administração dos bens comuns a um só cônjuge quando o outro abandonou a família ou quando haja separação de facto. Quanto especificamente aos actos de administração e de disposição, prevê o art. 1390.º do Cód. Civil espanhol, tal como o nosso art. 1681.º, a possibilidade de responsabilização do cônjuge que praticou um acto de administração ou de disposição e dele retirou um benefício ou lucro exclusivo ou provocou dolosamente um dano à comunhão. Nestes casos deverá reembolsar a comunhão pelo valor do referido lucro ou do dano (cfr. também o art. 1359.º, 2.º, do Cód. Civil espanhol), ou seja, face a terceiros o acto (não tendo sido impugnado) mantém a sua validade, apenas surgindo uma obrigação de reembolsar a comunhão no momento da sua liquidação. A actuação por parte de um só dos cônjuges pode ocorrer nos casos em que a lei autoriza a actuação singular do cônjuge ou naqueles em que ele actua sem o necessário consentimento do

famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia, cit., pp. 257 e 258, e *Beni ed attività economica...*, *cit.*, pp. 144 e 145, e C. M. Bianca, *ob. cit.*, p. 96, nota 127.

¹⁰⁶³ A. Finocchiaro/M. Finocchiaro, *Riforma del diritto...*, *cit.*, p. 548 (onde chama a atenção que para melhor protecção do cônjuge excluído deveria manter-se a autorização judicial), Schlesinger, *ob. e loc. cit.*, sob a direcção de Carraro/Oppo/Trabucchi, p. 421, A. Pino, *ob. cit.*, pp. 113 e 114, De Paola/Macri, *ob. cit.*, p. 184, Santosuosso, *Commentario del Codice Civile. Delle persone e della famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia, cit.*, p. 255, e *Beni ed attività economica...*, *cit.*, p. 143, e C. M. Bianca, *ob. cit.*, p. 97.

¹⁰⁶⁴ Schlesinger, “Del regime patrimoniale della famiglia...”, *ob. e loc. cit.*, sob a direcção de Cian/Oppo/Trabucchi, p. 194, onde muda a opinião anteriormente defendida, e L. Barbiera, *ob. e loc. cit.*, p. 544.

seu cônjuge, independentemente da respectiva acção de anulação do acto (mesmo que esta seja possível, mas o acto não seja impugnado)¹⁰⁶⁵.

O art. 1391.º do Cód. Civil espanhol regula as consequências dos actos praticados com fraude. A sanção é a mesma da prevista no art. 1390.º do Cód. Civil espanhol, a que acresce a possibilidade de rescisão do acto se o terceiro tiver actuado de má fé. Em todo o caso, além destes arts. 1390.º e 1391.º do Cód. Civil espanhol, e quando, como tem exigido a doutrina, haja reiteração, pode o cônjuge prejudicado requerer a dissolução da comunhão de adquiridos nos termos do art. 1393.º, 2.º, do Cód. Civil espanhol (tratando-se de actos de disposição ou gestão patrimonial praticados por um dos cônjuges com fraude, dano ou perigo para os direitos do outro na comunhão)¹⁰⁶⁶.

Os §§ 1435.º e 1451.º do BGB impõem ao cônjuge administrador ou aos cônjuges administradores o dever de administrar o património comum de forma regular¹⁰⁶⁷. No caso de administração singular impõe-se ainda ao cônjuge administrador o dever de informar o outro, a pedido deste, sobre a administração do património comum. Em caso de diminuição do património comum, o cônjuge administrador tem a obrigação de o restituir no caso de ser culpado nessa redução ou quando a tenha causado pela realização de um acto de disposição sem o consentimento do outro cônjuge.

Para além disso, a má administração pode também conduzir ao término da comunhão de bens, nos termos dos §§ 1447.º, 1448.º e 1469.º do BGB. Do mesmo modo, a actuação de um cônjuge sem o consentimento do outro, quando este é necessário (§§ 1365.º e 1369.º do BGB), permite ao cônjuge que não consentiu requerer, além do chamado “*Revokationsrecht*” previsto no § 1368.º do BGB, a partilha antecipada dos

¹⁰⁶⁵ Como referem L. Díez-Picazo/A. Gullón, *ob. cit.*, p. 195, a lei não estabelece um elenco das obrigações (e respectiva responsabilidade, acrescentamos nós) do cônjuge administrador, nomeadamente, a obrigação de uma administração diligente. Não sendo de aplicar as regras de outros contratos, por si só, como o mandato ou a representação, deve socorrer-se dos critérios da boa fé e dos usos sociais. V. também, J. J. Rams Albesa, *ob. cit.*, pp. 224 e 225. Contra, M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, p. 1779.

¹⁰⁶⁶ Deve ainda acrescentar-se os arts. 1423.º e 1424.º do Cód. Civil espanhol, quanto ao regime de participação nos adquiridos, que determinam a imputação no património final do cônjuge culpado do valor dos bens transmitidos sem o consentimento do cônjuge, ou com fraude ou causando prejuízo. De acordo com o art. 1416.º do mesmo código, um dos cônjuges pode requerer o fim do regime de participação nos adquiridos quando a administração irregular do outro cônjuge afecte os seus interesses.

¹⁰⁶⁷ Até 1953, vigorando o regime de administração e uso, o BGB já previa o dever do marido administrar os bens adquiridos de forma regular, devendo informar a mulher do estado da administração dos mesmos (v., o então § 1374.º do BGB, e o comentário ao mesmo de Planck, *ob. cit.*, pp. 115 e 116, e também o § 1456.º do BGB, no domínio do regime de comunhão). Estava também o marido obrigado a indemnizar a mulher quando infringisse culposamente os deveres que lhe incumbissem (§ 1359.º do BGB). No término do regime o marido tinha que restituir à mulher os bens adquiridos dela e prestar contas (§ 1421.º do BGB). V., Ludwig Enneccerus/Theodor Kipp/Martin Wolff, *ob. cit.*, pp. 381-387, e Beitzke, *ob. cit.*, 1947, pp. 71 e 72. Em todo o caso, e como refere este último autor, o poder de controlo da mulher era quase insignificante.

MünchKomm - *Kanzleiter*, § 1435 Rdn. 4, p. 637, admite a aplicação do § 1435.º do BGB também ao cônjuge não administrador quando este pratica os actos de administração que lhe são permitidos por lei.

bens adquiridos (§ 1386.º, 2.º, 1, do BGB), conduzindo ao fim do regime da *Zugewinnngemeinschaft* (§ 1388.º do BGB)¹⁰⁶⁸.

O nosso legislador regulou a situação normal da vida familiar, mas “esqueceu” a previsão de eventuais medidas de regulação das situações de crise. De facto, não é quando a vida matrimonial corre normalmente que os problemas da administração e disposição dos bens do casal se põem. Quando surgem situações de crise (de desentendimentos, separação de facto...) é que as dificuldades surgem e impõe-se a sua regulamentação pelo Direito. E aqui o nosso ordenamento jurídico falha, como vimos, fazendo prevalecer a teoria da fragilidade da garantia e a não intromissão do tribunal na vida familiar. O que, no nosso entendimento, só agrava as crises familiares.

Numa altura em que a mulher estava dependente do poder marital e dos poderes de administração e disposição exclusivos do marido, a lei não deixou de acautelar a sua posição e a sua participação nos bens comuns. De facto, para evitar que o marido pudesse dissipar os bens comuns com a sua administração e possibilidade de contracção de dívidas, a maioria dos direitos estrangeiros fixava uma hipoteca legal da mulher sobre os bens do marido. Desaparecendo a subordinação da mulher ao marido e determinando-se a igualdade jurídica dos cônjuges não significa que não seja preciso acautelar a posição do cônjuge que, no caso, pode não ter poderes administrativos ou que até se encontra numa posição de inferioridade factual face ao outro.

O problema estará sempre em saber até onde a lei e os tribunais devem ir, imiscuindo-se na vida do casal. Foi objectivo da Reforma de 1977 admitir a intervenção do tribunal apenas nos casos mais graves de desentendimentos do casal, deixando a solução dos problemas aos próprios cônjuges. Resta saber se o mesmo entendimento se deverá manter hoje em dia, onde os cônjuges adoptam uma posição muito mais individualista e mais litigiosa. Duvidamos que assim seja.

Uma última referência, já não aos poderes do cônjuge administrador, mas aos do cônjuge não administrador.

O dever de cooperação (art. 1674.º) que recai sobre os cônjuges justifica os actos que, no âmbito do art. 1679.^{o1069}, um dos cônjuges pode praticar sobre os bens próprios

¹⁰⁶⁸ Repare-se ainda, como forma de acautelar a participação nos adquiridos do outro cônjuge, que para aferição do património final do cônjuge deve atender-se à diminuição do património causada pelo cônjuge pelo esbanjamento desse património (§ 1375.º, 2.º, do BGB).

¹⁰⁶⁹ Como referem Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 424, o regime do art. 1679.º tem semelhanças com a gestão de negócios, prevista nos arts. 464.º e segs., podendo admitir-se que o cônjuge não administrador actue com base no art. 1679.º ou com base nas regras da gestão de negócios. Contudo, o cônjuge não administrador só está legitimado para intervir nos termos do art.

do outro ou sobre os bens comuns de que não tenha a administração. Visam-se aqui apenas os casos de impedimento ou impossibilidade temporária, não se tratando de poderes de administração. Será o caso da reparação de uma instalação eléctrica, de esgotos, de gás ou de água, ou de um telhado que ameace ruína, da cobrança de um crédito prestes a prescrever, da venda de géneros deterioráveis, do tratamento de animais doentes, etc., quando o cônjuge administrador não possa praticar tais actos por, nomeadamente, ter adoecido subitamente ou tenha sido forçado inesperadamente a deslocar-se¹⁰⁷⁰. Não se verificando os pressupostos deste artigo (impossibilidade do cônjuge administrador em agir e possibilidade de resultarem prejuízos do retardamento das providências), o acto praticado sobre os bens cuja administração pertence ao outro é nulo, nos termos do art. 1687.º, n.º 4. Se, porém, as providências tomadas sobre esses bens, sem se verificarem os pressupostos mencionados, são do conhecimento do outro cônjuge que a elas não se opõe expressamente, aplicam-se as regras dos n.ºs 2 e 3 do art. 1681.º, ou seja, as regras do mandato, admitindo a concessão de poderes administrativos por via de um mandato tácito e enquadrando-se a situação no âmbito do art. 1678.º, n.º 2, al. g) (e já não no art. 1679.º).

2. O regime da disposição dos bens do casal e a necessidade do consentimento para a disposição de certos bens (arts. 1682.º e segs.)

Em relação às ilegitimidades conjugais previstas quanto à disposição dos bens do casal¹⁰⁷¹ distingue a lei as estabelecidas quanto aos bens móveis e quanto aos bens imóveis. De entre estas últimas distingue ainda a lei entre os regimes de comunhão e de separação. Repare-se que a redacção primitiva das disposições relativas às

1679.º se do retardamento das providências puderem resultar prejuízos, enquanto que o gestor pode actuar não apenas para evitar um prejuízo iminente mas também para garantir uma vantagem ao dono do negócio. Por outro lado, os actos jurídicos praticados pelo cônjuge não administrador de acordo com o art. 1679.º vinculam o titular do bem sem necessidade de ratificação, enquanto que as intervenções não urgentes não produzem efeitos em relação ao administrador se não forem ratificadas (arts. 471.º e 268.º). Também no ordenamento jurídico francês, o art. 219.º, 2.º, do Cód. Civil francês, prevê a aplicação das regras da gestão de negócios se um dos cônjuges actuar, sem autorização judicial, em representação do outro.

Repare-se que o ordenamento jurídico espanhol confere mesmo poderes administrativos ao cônjuge que actua para realizar gastos urgentes e necessários, constituindo tal actuação uma excepção à regra da administração conjunta dos bens comuns (art. 1386.º do Cód. Civil espanhol).

¹⁰⁷⁰ A. Lopes Cardoso, *A Administração dos Bens...*, cit., pp. 53-55.

¹⁰⁷¹ Trata-se efectivamente de ilegitimidades estabelecidas com vista à protecção dos interesses gerais da família e não de incapacidades conjugais. Sobre a distinção, v., Manuel de Andrade, *ob. cit.*, vol. II, pp. 117 e 118.

ilegitimidades conjugais, do Cód. Civil de 1966, não divergia da actual (cfr. os então arts. 1682.º e 1683.º). De facto, mantinham-se as mesmas regras de disposição em articulação com os poderes de administração. O que a Reforma de 1977 veio alterar foram os poderes de administração, não afectando com isso as regras da disposição (o que acontece é que passando ambos os cônjuges a ter, por regra, poderes de administração, ambos têm também, em princípio, poderes de disposição, carecendo do consentimento do outro cônjuge em algumas alienações ou onerações de bens)¹⁰⁷².

Assim, quanto aos bens móveis a regra é a de que quem administra tem poderes de disposição (art. 1682.º, n.ºs 1 e 2), com as excepções previstas no n.º 3 do art. 1682.º.

A alienação por um dos cônjuges dos seus móveis próprios ou dos móveis comuns que não administre, ou dos móveis a que se refere o art. 1682.º, n.º 3, al. a), é anulável, nos termos do art. 1687.º, n.º 1. Não pode também cada um dos cônjuges dispor dos móveis do outro cônjuge, quer esteja na sua administração ou não, sob pena, respectivamente, de anulabilidade (arts. 1682.º, n.º 3, al. b), e 1687.º, n.º 1) ou de nulidade do acto (arts. 892.º e 1687.º, n.º 4), salvo se, tendo poderes de administração, o respectivo acto de disposição for acto de administração ordinária (art. 1682.º, n.º 3, al. b)).

Assim, não pode um cônjuge, sem o consentimento do outro, alienar os bens móveis, próprios ou comuns, utilizados conjuntamente pelos cônjuges¹⁰⁷³ na vida do lar (art. 1682.º, n.º 3, al. a)). Esta utilização deve ser tanto a indispensável como a útil ou até supérflua¹⁰⁷⁴, isto é, os bens protegidos não são apenas os indispensáveis ao serviço do

¹⁰⁷² Ainda que, em rigor, seria dos poderes de disposição que resultariam os de administração, ou seja, retira-se de poderes mais limitados (de administração) poderes mais amplos (de disposição), quando deveria ser o inverso. O mesmo é defendido por Santosuosso, *Beni ed attività economica...*, cit., pp. 127 e 128, dizendo que os poderes de administração extraordinária compreendem os de disposição (e, neste caso, não distinguindo entre os bens móveis e imóveis). O art. 222.º do Cód. Civil francês, com vista à protecção de terceiros que contratem com um dos cônjuges, estabelece uma presunção, quanto aos bens móveis, de que quem os dispõe tem a titularidade sobre eles.

¹⁰⁷³ Como referem Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 434, não se pretendeu com esta expressão (utilizados conjuntamente pelos cônjuges) excluir os bens móveis utilizados exclusivamente pelos filhos ou por outros familiares que os cônjuges tenham a seu cargo. Sempre se pode entender que se trata de bens usados indirectamente pelos cônjuges para cumprirem os seus encargos relativamente a essas outras pessoas.

¹⁰⁷⁴ Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 434. Também A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., p. 35, a propósito do art. 215.º, n.º 3, do Cód. Civil francês, remetendo para a noção do art. 534.º do mesmo código. Contra, para o direito anterior, A. Lopes Cardoso, *A Administração dos Bens...*, cit., p. 153, referindo apenas os bens indispensáveis à vida familiar. Também Braga da Cruz, “Capacidade patrimonial...”, *loc. cit.*, p. 371, referia que se trata de objectos de primeira necessidade para ambos os cônjuges. Baseou-se o autor no seu anteprojecto no art. 395.º, n.º 2, 2.º, do Anteprojecto do Cód. Civil francês. M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, p. 1506, L. Díez-Picazo/A. Gullón, *ob. cit.*, p. 146, e Lledó Yagüe, *et alii*, *ob. cit.*, p. 153, relativamente ao art. 1320.º do Cód. Civil espanhol, referem também tratar-se de bens intimamente relacionados com as mais imperiosas necessidades do ser humano e da família.

lar (camas, fogão, mesas...) mas também os que são úteis porque aumentam a comodidade da casa (máquinas de lavar roupa e louça) e ainda os que ornamentam o lar (quadros, tapetes...). A lei visa proteger todo o recheio da casa, ou seja, o conjunto de todos os bens móveis que se encontram afectados à fruição normal da habitação.

Mas já não deve fazer-se tal interpretação quando se tratar do art. 822.º do Cód. de Processo Civil. Os interesses que os credores exequentes têm no êxito da penhora levam a que se reduza a protecção do devedor aos bens imprescindíveis a qualquer economia doméstica que se encontrem na residência permanente do executado¹⁰⁷⁵. Aliás, as interpretações mais restritivas do art. 1682.º, n.º 3, al. a), são influenciadas pelas noções utilizadas em processo executivo para delimitar os bens impenhoráveis. Ora, no processo executivo é razoável que se diminua o núcleo dos bens considerados imprescindíveis à economia doméstica (art. 822.º, al. f), do Cód. de Processo Civil), dado ser necessário ponderar o interesse do credor exequente. Contudo, nas relações entre os cônjuges, no domínio das ilegitimidades conjugais, não há razão para adoptar um critério apertado para a definição dos bens utilizados na vida do lar. Assim, e segundo Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, o conjunto dos bens protegidos pelo art. 1682.º, n.º 3, al. a), está mais próximo daquele que se teve em vista para efeitos da atribuição preferencial prevista no art. 2103.º-C do que do núcleo dos chamados bens imprescindíveis a qualquer economia doméstica. É ainda mais amplo que este dado que o privilégio da atribuição preferencial, envolvendo sacrifício dos co-herdeiros, pode suportar limitações no seu âmbito, enquanto que a comunhão de vida entre os cônjuges justifica as restrições do direito individual de dispor dos bens¹⁰⁷⁶.

Em todo o caso, e apesar de considerarmos que, de facto, a comunhão de vida pode implicar limitações ao direito individual de dispor dos bens por parte de cada cônjuge, consideramos que não deve a interpretação das limitações ser demasiado ampla, sobretudo se estão em causa bens móveis próprios de um dos cônjuges, sob pena de se restringir injustificadamente a autonomia negocial do cônjuge numa altura em que cada vez mais a independência recíproca se verifica na relação matrimonial. De qualquer forma, a utilização conjunta não implica que se exclua deste regime alguns bens quando

¹⁰⁷⁵ V., Nuno de Salter Cid, *A protecção da casa de morada da família no direito português*, Coimbra, Almedina, 1996, pp. 182-184.

¹⁰⁷⁶ Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 435. Por seu lado, Luis Martinez Calcerrada, *ob. cit.*, p. 167, considera que a noção da lei processual espanhola aplica-se à disposição dos móveis de uso ordinário que o art. 1320.º do Cód. Civil espanhol sujeita ao consentimento de ambos os cônjuges.

se demonstre que apenas um dos cônjuges normalmente utiliza directamente o bem, ainda que ambos beneficiem dele¹⁰⁷⁷.

É interessante referir que também o art. 215.º, 3.º, do Cód. Civil francês, o art. 1320.º do Cód. Civil espanhol, o art. 180.º do Cód. Civil italiano¹⁰⁷⁸ e o § 1369.º do BGB¹⁰⁷⁹ consideram que a alienação dos bens móveis pertencentes à casa de morada da família carece do consentimento de ambos os cônjuges. Há, assim, uma tendência dos vários ordenamentos jurídicos para criar um regime específico para estes bens¹⁰⁸⁰.

Por outro lado, e constituindo outra excepção à regra da livre disponibilidade dos bens móveis pelo cônjuge administrador, não pode o cônjuge sem o consentimento do outro alienar bens móveis, próprios ou comuns, utilizados conjuntamente pelos cônjuges como instrumento comum de trabalho (art. 1682.º, n.º 3, al. a), *in fine*). Visando proteger o exercício da profissão por cada cônjuge, deixa de aplicar-se a norma

¹⁰⁷⁷ Nuno de Salter Cid, *ob. cit.*, p. 180, dá o exemplo do fogão ou da máquina de lavar roupa quando se prove que um dos cônjuges nunca confecciona as refeições ou não lava na máquina. O mesmo autor, na nota 43, refere que certos bens são excluídos por alguns autores estrangeiros (como o automóvel, a bicicleta dos filhos ou os utensílios de jardinagem). Porém, o facto de serem mais ou menos necessários à vida do lar ou o facto de serem guardados dentro ou fora da habitação não deve relevar (contra, Giménez Duart, “La organización económica del matrimonio...”, *loc. cit.*, p. 97, que exclui os móveis guardados fora da casa de morada da família). Ou seja, o que importa é que os bens integrem o quadro normal da vida familiar, a sua economia comum e que preencham uma função na vida quotidiana do agregado familiar. Neste sentido, Beitzke/Lüderitz, *ob. cit.*, p. 127, e Lüderitz/Dethloff, *ob. cit.*, p. 107. Como referem Henri Mazeaud, *et alii*, *Leçons de Droit Civil. Régimes matrimoniaux*, *cit.*, p. 354, nota 6, os automóveis não estão sujeitos à administração conjunta, como excepção, prevista no art. 1424.º do Cód. Civil francês, no sentido de serem bens sujeitos a registo (dado que o registo é mero requisito administrativo), mas podem integrá-la ainda se se considerarem móveis que integram o lar familiar (p. ex., se forem estacionados no imóvel onde os cônjuges vivem).

¹⁰⁷⁸ O entendimento referido resulta da interpretação dada pela doutrina, no sentido de que os actos de disposição dos bens que integram a casa de morada da família ou destinados à satisfação das necessidades quotidianas dos membros da família exigem o consentimento de ambos os cônjuges, por serem actos de administração extraordinária (L. Bruscuiglia, “L’amministrazione dei beni...”, *ob. e loc. cit.*, pp. 252 e 253).

¹⁰⁷⁹ Trata-se dos bens móveis que constituem o recheio da casa de morada comum, utilizados na vida doméstica, e que são bens próprios de um dos cônjuges ou de ambos. Admite-se também a aplicação do § 1369.º do BGB no caso de disposição por um dos cônjuges de bens do outro cônjuge e, com isso, afastando as regras dos §§ 932.º e segs. do BGB relativos à protecção do terceiro de boa fé que adquire do não proprietário. Não será de invocar o mandato doméstico do § 1357.º do BGB para defraudar a solução do § 1369.º do BGB. Não deve aplicar-se o § 1369.º do BGB no caso de bens de uso pessoal de um dos cônjuges ou utilizados profissionalmente por um deles (Martin Lipp, *ob. cit.*, p. 84, e Gernhuber/Coester-Waltjen, *ob. cit.*, § 35, III, 2, p. 382). Incluem-se, assim, no § 1369.º do BGB os móveis, tapetes, quadros, as cortinas, as roupas do lar, equipamentos eléctricos, electrodomésticos e até um automóvel se utilizado no interesse comum da família (Staudinger, *ob. cit.*, §§ 1363.º-1563.º, § 1369 Rdn. 11-27, pp. 122-125). Pode colocar-se a dúvida do possível deslocamento da norma do § 1369.º do BGB, dado que a mesma, visando a protecção da base económica da família, deveria aplicar-se a todos os casamentos, independentemente do regime de bens, tal como as normas dos §§ 1353.º e segs. do BGB, e não apenas à *Zugewinnngemeinschaft*, como acontece (MünchKomm - Gernhuber, § 1369 Rdn. 3, p. 395).

¹⁰⁸⁰ Bens esses que são no fundo os mais valiosos, já que a maioria dos cônjuges gasta a maior parte dos seus rendimentos em habitação, comida e vestuário (Mary Ann Glendon, *ob. cit.*, p. 135)

quando os bens se inutilizarem ou deixarem de ser aptos para o fim a que se destinavam¹⁰⁸¹.

Finalmente, não pode o cônjuge que tem poderes de administração sobre bens móveis próprios do outro, nos termos do art. 1678.º, n.º 2, alienar esses móveis de que tem a administração, sem o consentimento do outro cônjuge (art. 1682.º, n.º 3, al. b)).

Importa ainda referir que se um dos cônjuges alienar ou onerar bens móveis comuns por negócio gratuito sem consentimento do outro, será o valor dos bens alienados ou a diminuição do valor dos bens onerados levado em conta na meação do disponente, salvo se a alienação ou oneração corresponderem a uma doação remuneratória (art. 941.º) ou a um donativo usual (art. 940.º, n.º 2) (dado normalmente, nestes casos, constituírem encargos da vida familiar, ainda que praticados por um só dos cônjuges) (art. 1682.º, n.º 4)¹⁰⁸². Não seria justo que, tratando-se de bens comuns, um só dos cônjuges, porque os administra, os pudesse alienar a título gratuito, fazendo “eventualmente *caridade* (em parte) *à custa alheia*, ou seja, à custa do outro cônjuge”¹⁰⁸³. Por isso, a lei estabelece um regime especial para os actos de alienação gratuita dos bens comuns administrados por um só dos cônjuges, ou seja, a sua validade não depende do consentimento do outro cônjuge, mas a sua realização, sem esse consentimento, penaliza o alienante pelo custo total da operação, nas relações internas. De facto, será imputado todo o valor da alienação ou oneração na meação do cônjuge alienante¹⁰⁸⁴.

Para o ordenamento jurídico francês nenhum dos cônjuges pode dispor de bens comuns (móveis ou imóveis), entre vivos, a título gratuito (art. 1422.º do Cód. Civil francês), exigindo-se sempre o consentimento de ambos¹⁰⁸⁵, bem como, desde a *Ordonnance* n.º 2006-346, de 23 de Março de 2006, que introduziu uma segunda alínea ao art. 1422.º do Cód. Civil francês, não pode um só dos cônjuges garantir com um bem comum uma dívida de terceiro. Também no regime de participação nos adquiridos

¹⁰⁸¹ Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil...*, cit., vol. IV, p. 301.

¹⁰⁸² A solução resultava já do disposto no art. 1118.º do Cód. de Seabra.

¹⁰⁸³ Antunes Varela, *ob. cit.*, p. 387.

¹⁰⁸⁴ Acrescenta A. Lopes Cardoso, *A Administração dos Bens...*, cit., pp. 304 e 305, que, nos termos do art. 1689.º, deve entender-se que, na falta ou insuficiência da meação do cônjuge alienante, respondem os bens próprios dele.

¹⁰⁸⁵ A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., pp. 215-218. Isto com excepção das doações de baixo valor e de acordo com os usos e as doações dos ganhos e salários (Goubeaux/Voirin, *ob. cit.*, p. 60, e M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, p. 158). A mesma proibição resulta do art. 1419.º do Cód. Civil belga.

nenhum dos cônjuges pode dispor a título gratuito dos bens adquiridos, nos termos dos arts. 1573.º e 1577.º do Cód. Civil francês¹⁰⁸⁶.

De igual modo, os arts. 1322.º, 2.º, e 1378.º do Cód. Civil espanhol, determinam a nulidade de todos os actos de disposição de bens comuns realizados a título gratuito sem o consentimento de ambos os cônjuges. E repare-se que a sanção não é a anulabilidade (art. 1322.º, 1.º, do Cód. Civil espanhol), como acontece no caso de disposição a título oneroso sem o consentimento de ambos os cônjuges quando este é necessário, mas a nulidade¹⁰⁸⁷.

Os §§ 1425.º e 1450.º do BGB exigem também o consentimento de ambos os cônjuges para a doação de bens comuns. A falta de consentimento de um dos cônjuges para a doação, não sendo suprível judicialmente (§ 1426.º do BGB), pode não invalidar o negócio gratuito se houver ratificação do outro cônjuge (§§ 1427.º, 1453.º e § 1366.º do BGB). Caso contrário, o negócio é inválido (§ 1366.º do BGB).

Quanto aos bens imóveis importa distinguir os regimes de comunhão e o de separação. Nos regimes de comunhão, cada um dos cônjuges não pode dispor dos seus bens próprios nem dos bens comuns sem o consentimento do outro (art. 1682.º-A, n.º 1, al. a)), sob pena de anulabilidade do acto (art. 1687.º, n.º 1). Também não pode dispor dos bens do outro cônjuge, sendo nula a disposição que faça desses bens (arts. 892.º e 1687.º, n.º 4).

Portanto, cada um dos cônjuges não pode, sem consentimento do outro, alienar bens imóveis, próprios ou comuns (art. 1682.º-A, n.º 1, al. a))¹⁰⁸⁸. Repare-se que a lei fala em

¹⁰⁸⁶ M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 306-308. As sanções previstas nos arts. 1573.º e 1577.º do Cód. Civil francês são aplicáveis também aos actos fraudulentos praticados por um cônjuge, e que põem em causa o direito futuro do outro cônjuge, na participação nos adquiridos.

¹⁰⁸⁷ A razão da diferença de tratamento parece encontrar-se na necessidade de dotar os cônjuges de uma maior protecção no caso dos actos a título gratuito, dado que não há nestes uma contraprestação que venha substituir o bem de que se dispôs no património comum (M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, p. 1765). Favorece-se também o tráfego jurídico, facilitando os actos a título oneroso. L. Díez-Picazo/A. Gullón, *ob. cit.*, p. 191, encontram também o fundamento da diferença no facto de os actos de disposição onerosos admitirem a autorização judicial para suprimento da falta de consentimento de um dos cônjuges, o que não acontece nos actos a título gratuito, dado não serem propriamente actos necessários à economia familiar. A isto pode acrescentar-se o facto de que o terceiro é menos digno de protecção do que nos actos a título oneroso (M.ª Eugenia Rodríguez Martínez, *ob. cit.*, pp. 203 e 204).

¹⁰⁸⁸ Segundo Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 426, este regime mostra como o Cód. Civil continua a dar relevo especial à “riqueza imobiliária e fundiária; apesar de a evolução económica ter favorecido a valorização das acções, dos títulos em geral, o nosso legislador reconheceu que os imóveis continuam a ser os valores patrimoniais básicos das famílias...”. Referem os autores o ac. do STJ, de 26.01.1999 (*BMJ*, n.º 483.º, 1999, p. 211), onde se decidiu que o marido não tinha de pedir o consentimento da mulher quando, em conjunto com os outros co-herdeiros de uma herança indivisa, deu de arrendamento certos prédios rústicos que pertenciam à herança. O STJ afirmou que o marido não era ainda dono dos prédios e até podia não chegar a sê-lo, dependendo da partilha que estava por fazer. V. também, Antunes Varela, *ob. cit.*, p. 389.

alienação e não promessa de alienação. De facto, é aceite que o simples contrato-promessa de disposição não carece do consentimento de ambos os cônjuges¹⁰⁸⁹. Além disso, o contrato-promessa celebrado por apenas um dos cônjuges só vincula este a realizar o contrato prometido. Ora, porque o outro cônjuge não se obrigou a nada, nunca estará em falta quanto à declaração de venda. Por isso, não deveria ser obrigado a ressarcir qualquer dano que resulte, para o promitente-comprador, da não realização do

Também o art. 1424.º do Cód. Civil francês contém norma idêntica, ao dispor que um cônjuge não pode, sem o consentimento do outro, alienar ou onerar bens imóveis, estabelecimentos comerciais e explorações dependentes da comunhão, nem os direitos sociais não negociáveis e os móveis corpóreos cuja alienação estiver sujeita a registo (p. ex., navios, aeronaves), nem receber os capitais provenientes de tais operações. Uma vez, porém, recebidos tais capitais com o consentimento do outro cônjuge, pode qualquer um utilizá-los livremente (em princípio, como refere A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., p. 214). Trata-se, porém, de uma limitação à disposição dos bens comuns e não dos próprios de qualquer um dos cônjuges (salvo se se tratar da casa de morada da família cuja disposição é limitada pelo art. 215.º, 3.º, do Cód. Civil francês). Incluem-se as vendas, trocas, participações em sociedades, constituição de hipotecas, servidões, direitos de superfície e de usufruto, etc., desde que voluntariamente realizadas, pois é possível que judicialmente um só dos cônjuges participe numa acção para defesa ou reivindicação de tais bens. V., A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., pp. 221-232. Repare-se que as obrigações decorrentes de tais contratos responsabilizam apenas o cônjuge contraente não obstante o consentimento do cônjuge. Este consentimento visa apenas validar o acto e não co-obrigar-se.

¹⁰⁸⁹ O mesmo era defendido à luz do Cód. de Seabra. O marido carecia do consentimento da mulher para alienar bens imóveis, mas a simples promessa não envolvia alienação. Tratava-se, portanto, de uma simples obrigação que o marido podia livremente contrair. V., Pires de Lima/Braga da Cruz, *ob. cit.*, p. 147, nota 1. E o mesmo entendimento era seguido no Cód. Civil de 1966 (v., A. Lopes Cardoso, *A Administração dos Bens...*, cit., pp. 159-162, que nega, porém, que o cônjuge administrador possa por si só outorgar em escritura pública de promessa de compra e venda a que seja atribuída eficácia real). Também Léon Raucant, *Droit patrimonial de la famille...*, cit., n.º 157, refere, a propósito do direito belga, que a promessa de venda não carece do consentimento de ambos os cônjuges se dela resultarem meras obrigações. No mesmo sentido, e para efeitos do art. 215.º do Cód. Civil belga, a promessa de constituição de hipoteca sobre a casa de morada da família não constitui acto de disposição, não carecendo do consentimento de ambos os cônjuges ("La promesse d'hypothèque n'est pas une hypothèque: elle n'en a ni les avantages ni les inconvénients", *Recueil Dalloz*, ano 178.º, n.º 26, 2002, p. 2119). Pronunciou-se também a favor da validade do contrato-promessa de venda de bens imóveis comuns o ac. da RC, de 30.01.2001 (*Col. Jurisp.*, tomo I, 2001, p. 24). Contra, entendendo que o marido não podia outorgar validamente um contrato-promessa de venda de bens imobiliários, v., Silva Carvalho, *ob. cit.*, vol. I, p. 152. Também contra, M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, p. 161, e Malaurie/Aynès, *ob. cit.*, p. 51, que incluem a promessa de venda nos actos para os quais um dos cônjuges carece do consentimento do outro, bem como alguma jurisprudência francesa (v., p. ex., Simler, *et alii*, "Régimes matrimoniaux", *JCP* 1995.I.3821, p. 66). A jurisprudência italiana [p. ex., a decisão do Trib. Catania, de 28.04.1986 (*Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, ano XVI, 1987, p. 188) e App. Nápoles, de 15 de Maio de 1981 (*Giur. Mer.*, ano XVI, I, 1984, p. 98, que exige o consentimento de ambos os cônjuges para a validade do contrato-promessa de compra e venda)] considera a promessa de compra e venda, susceptível de execução específica (art. 2932.º do Cód. Civil italiano) (contra, v., *Corte di Cassazione*, de 19 de Maio de 1988 e Trib. Catania, de 29 de Julho de 1986, que negam a possibilidade de execução específica de um contrato-promessa de bem imóvel comum realizado por apenas um dos cônjuges, dado que a "quota" respectiva desse cônjuge é indisponível; o terceiro contraente apenas poderá requerer uma indemnização pelos danos causados), um acto que carece do consentimento de ambos os cônjuges por ser acto de administração extraordinária. Assim, para os tribunais italianos, deve entender-se por acto de administração extraordinária não só os actos de disposição e alienação mas todos os actos que incidam directa ou indirectamente sobre o património (v., L. Brusuglia, "L'amministrazione dei beni...", *ob. e loc. cit.*, p. 251 e nota 26, e pp. 302-305). A doutrina aponta no mesmo sentido – v., p. ex., Mastropaolo, "Del regime patrimoniale della famiglia. Commento all'art. 184.º", in AAVV, *Commentario al diritto italiano della famiglia*, cit., sob a direcção de Cian/Oppo/Trabucchi, p. 201. Como refere A. Angiuli, "Preliminare di vendita di bene della comunione legale concluso da un solo coniuge e giudizio ex art. 2932 c.c.", *Giur. It.*, Junho, 2003, p. 1151, o contrato-promessa exige o consentimento de ambos os cônjuges (art. 180.º), sob pena de anulabilidade, nos termos do art. 184.º do Cód. Civil italiano. Contra, Corsi, *ob. cit.*, p. 141, para quem os contratos preliminares apenas têm efeitos obrigacionais.

contrato prometido¹⁰⁹⁰. Em sentido contrário, pronunciou-se, como já vimos, o Assento do STJ n.º 4/94, de 26.01.1994 (*loc. cit.*), no sentido de que a dívida de restituição do sinal em dobro, por incumprimento de contrato-promessa de compra e venda de coisa imóvel, celebrado por um dos cônjuges, comerciante, no exercício da sua actividade comercial, como promitente-vendedor, é da responsabilidade de ambos os cônjuges, nos termos e com as ressalvas previstas na referida al. d) do n.º 1 do art. 1691.º. É também invocando o proveito comum, para efeitos do art. 1691.º, n.º 1, al. c), que a jurisprudência tem considerado comum a dívida resultante da restituição do sinal, ou perda do mesmo, pelo não cumprimento de contrato-promessa de compra e venda outorgado por apenas um dos cônjuges ou outros incumprimentos contratuais. Portanto, apesar de não ter qualquer interferência na celebração do contrato, que não é de disposição do bem mas de simples promessa de alienação, o outro cônjuge pode vir a responder por uma dívida resultante do seu incumprimento.

Em todo o caso, tal solução vem deturpar o sistema legal. Ou seja, ainda que o contrato-promessa de compra e venda de imóveis não careça do consentimento do outro cônjuge, o contrato de compra e venda não pode realizar-se validamente sem o referido consentimento. Significa, portanto, que a dívida decorrente do incumprimento resulta de uma obrigação que à partida não podia cumprir-se (sem o consentimento do cônjuge). Assim, o contrato de compra e venda seria anulável por falta de consentimento do cônjuge, mas este responderia por uma dívida decorrente do incumprimento de um contrato para o qual não quis dar o seu consentimento. Ora, tal resultado não parece correcto e desvirtua o sentido da lei ao exigir o consentimento do cônjuge. Por isso, entendemos que a dívida nesse caso deverá ser própria do cônjuge que a contraiu (art. 1692.º), já que a dívida para responsabilizar ambos os cônjuges deverá ser validamente contraída, isto é, não decorrer de um contrato que não pode cumprir-se sem o consentimento do outro cônjuge.

Quanto à possibilidade de execução específica de contrato-promessa de compra e venda celebrado apenas por um dos cônjuges, não é possível, como já referimos, recorrer a uma execução específica em que o tribunal se substitua ao cônjuge que não assinou, pois ele não se obrigou a realizar o contrato prometido, não podendo ser considerado como contraente faltoso¹⁰⁹¹.

¹⁰⁹⁰ Neste sentido, Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 426.

¹⁰⁹¹ V., António Santos Abrantes Geraldes, “Execução específica de contrato-promessa...”, *loc. cit.*, pp. 95 e segs., e o ac. da RC, de 30.01.2001 (*loc. cit.*). No mesmo sentido tem-se pronunciado a jurisprudência italiana (v., Raffaele Caravaglios, *ob. cit.*, pp.

Em todo o caso, a negação da execução específica pode, em certos casos ser excessiva, p. ex., quando se trate de um contrato-promessa de compra e venda celebrado pelo cônjuge que exerce a actividade de construção civil de onde extrai proventos que revertem em benefício do casal ou que se dedica profissionalmente à actividade de revenda de imóveis para o efeito adquiridos¹⁰⁹². Repare-se que, nestes casos, tem sido entendido que um cônjuge não necessita do consentimento do outro para alienar, pelo que também será de excluir a sua intervenção ou consentimento no respectivo contrato-promessa. Além disso, a viabilidade da execução específica pode ainda decorrer de uma confirmação tácita por parte do cônjuge da actuação do outro. Neste sentido, o ac. da RL, de 24.10.2002 (*Col. Jurisp.*, tomo IV, 2002, p. 101), admitiu a execução específica com base no facto de o cônjuge do promitente vendedor não ter tido qualquer reacção relativamente ao contrato-promessa, não obstante este ter sido seguido da entrega do bem ao promitente comprador. A inércia revelada pelo cônjuge do promitente vendedor traduziria a confirmação tácita da actuação do seu cônjuge. António Santos Abrantes Geraldes critica esta posição considerando que esta confirmação tácita é insusceptível de convalidar uma alienação que ainda não existiu e cujos efeitos jurídicos se procuram por recurso à execução específica¹⁰⁹³. De facto, também nos parece que a confirmação tácita terá de ser do próprio contrato de compra e venda e não do respectivo contrato-promessa. A possibilidade da acção de execução específica pode também decorrer das especiais circunstâncias do contrato, se revelarem que a exclusão da execução específica é manifestamente inadequada, por implicar violação das regras da boa fé, da confiança ou dos fins das normas que regulam as ilegitimidades conjugais¹⁰⁹⁴. Com frequência a invocação da ausência da intervenção ou do consentimento do outro cônjuge constitui argumento usado apenas para favorecer o promitente incumpridor.

Não deve aplicar-se a norma da necessidade do consentimento prevista na al. a) do n.º 1 do art. 1682.º-A, quando a alienação de imóveis ou a constituição de direitos de arrendamento sobre eles, praticadas pelo empresário, constituir o objecto da empresa (como acontece, p. ex., em relação às vendas de andares praticadas pelo empresário da construção civil). Neste caso a alienação dos imóveis constitui um acto de

769-777). Deste modo, e como referem Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 427, é duvidoso que na prática um comprador interessado se contente com um contrato-promessa assinado apenas por um dos cônjuges, em vez de obter o consentimento dos dois.

¹⁰⁹² António Santos Abrantes Geraldes, *loc. cit.*, p. 96.

¹⁰⁹³ António Santos Abrantes Geraldes, *loc. cit.*, p. 98.

¹⁰⁹⁴ António Santos Abrantes Geraldes, *loc. cit.*, pp. 99 e 100 e p. 101.

administração ordinária da empresa, a cargo do empresário, sem necessidade do consentimento do seu cônjuge¹⁰⁹⁵. V. Lobo Xavier e Henrique Mesquita assentam a razão de tal entendimento no princípio da liberdade de escolha e exercício de uma profissão por parte de qualquer dos cônjuges, assentando aí a administração exclusiva do cônjuge empresário, quando a empresa for um bem comum do casal¹⁰⁹⁶. Não convém à gestão de um estabelecimento que o cônjuge não comerciante pratique sozinho actos de administração ordinária e intervenha necessariamente na administração extraordinária do mesmo. Além disso, entendem que a necessidade do consentimento do outro cônjuge para a alienação de imóveis foi pensado para aquelas disposições que raramente acontecem, o que não é o caso da alienação de imóveis que integram o objecto de uma empresa que ocorrem frequentemente e exigem uma decisão rápida. Aliás, este entendimento era também defendido por Cunha Gonçalves, a propósito da liquidação das sociedades comerciais, onde, nos termos do então art. 134.º, § 1.º, n.º 3, do Cód. Comercial, era necessária a autorização dos sócios para os liquidatários venderem bens imobiliários por venda particular¹⁰⁹⁷. Referia o autor que se o objecto da sociedade fosse a compra e revenda de bens imóveis tal autorização não era necessária.

Como já referimos não basta tal princípio, ou seja, a entrada na administração exclusiva da empresa comum ou na administração da empresa que pertença ao cônjuge estará na lei ou no mandato, mesmo que tácito, conferido pelo cônjuge do empresário, como referimos¹⁰⁹⁸. Assim, a possibilidade de um dos cônjuges empresário alienar os imóveis que façam parte do objecto da empresa sem consentimento do outro cônjuge decorre do art. 1678.º, n.º 2, al. e), ou da al. g), havendo mandato, e do art. 1682.º, n.º 2.

Também o art. 1421.º, 2.º, do Cód. Civil francês, determina que o cônjuge que exerce uma profissão tem o poder de praticar por si todos os actos de administração e disposição necessários àquela (sem prejuízo das limitações resultantes dos arts. 1422.º a 1425.º do Cód. Civil francês, que determinam os actos de cogestão – art. 1421.º, 3.º, do Cód. Civil francês).

¹⁰⁹⁵ V., V. G. Lobo Xavier/Henrique Mesquita, *loc. cit.*, p. 60 (para quem o problema se coloca em relação a outras empresas exploradas em nome individual e cujo fim se traduza numa actividade que envolva a alienação ou arrendamento de imóveis – p. 59), e Castro Mendes, *Direito da Família, cit.*, p. 133. Neste sentido também decidiram os acs. do STJ, de 10.02.2002 (*Col. Jurisp. (STJ)*, tomo I, 2002, p. 32), e da RC, de 16.03.1982 (*Col. Jurisp.*, tomo II, 1982, p. 82). Também Leite de Campos, *Lições...*, *cit.*, p. 399, entende que o acto de disposição de um bem móvel ou imóvel praticado pelo cônjuge comerciante, no exercício do seu comércio destinada à revenda dos bens, é um acto de administração ordinária, podendo dispor dele livremente.

¹⁰⁹⁶ V. G. Lobo Xavier/Henrique Mesquita, *loc. cit.*, pp. 61-71.

¹⁰⁹⁷ Cunha Gonçalves, *Comentário ao Código Comercial...*, *cit.*, p. 313.

¹⁰⁹⁸ V., *supra*, pp. 407-410.

A jurisprudência espanhola considera existir uma presunção de consentimento do cônjuge no caso de alienação de imóveis pelo outro cônjuge, quando a actividade deste é a compra e venda de imóveis¹⁰⁹⁹. Considera-se, portanto, que o cônjuge comerciante pode dispor dos bens relativos ao exercício do seu comércio, sejam móveis ou imóveis, sem o consentimento do outro cônjuge, dado tratar-se de um acto dispositivo que se integra nos poderes de administração, tal como acontece com o vendedor de carros ou de uma sapataria¹¹⁰⁰.

De igual modo, o art. 11.º do Cód. Comercial de Macau, de 3 de Agosto de 1999, estabelece que o empresário comercial, casado num regime de comunhão, não carece do consentimento do seu cônjuge para, no curso normal da sua actividade, alienar e onerar os bens que compõem a empresa comercial, para praticar actos de oneração ou disposição relativamente aos bens que representam o resultado da actividade da empresa comercial.

Só a alienação da própria empresa carece do consentimento de ambos os cônjuges¹¹⁰¹. De facto, é preciso o consentimento do outro cônjuge para alienar o estabelecimento comercial, próprio ou comum (art. 1682.º-A, n.º 1, al. b)).

Repare-se, a este propósito, no direito francês, o princípio da administração exclusiva e da livre disposição relativo aos bens utilizados no exercício da profissão separada de um cônjuge (art. 1421.º, 2.º, do Cód. Civil francês, em ligação com o art. 223.º do mesmo código). Ainda que o estabelecimento comercial, quando comum, careça do consentimento de ambos os cônjuges para a sua alienação (art. 1424.º do Cód. Civil francês), os bens que o integram podem livremente ser alienados e onerados se no exercício da profissão. De facto, o cônjuge titular pode praticar os actos necessários ao exercício da profissão, incluindo renovação de *stocks*, compra e venda de certos bens,

¹⁰⁹⁹ Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida, *et alii*, *Elementos de Derecho Civil. Familia*, cit., p. 228.

¹¹⁰⁰ Camino Sanciñena Asurmendi, *ob. cit.*, p. 247. Porém, o regime choca com o disposto no âmbito do registo de propriedade (arts. 91.º a 96.º do *Reglamento Hipotecario*) que exige o consentimento de ambos os cônjuges para a disposição de bens imóveis comuns (não exceptuando os relativos ao exercício do comércio). Camino Sanciñena Asurmendi, *ob. cit.*, pp. 268 e 269, sugere a existência de um meio por forma a que o conservador reconheça como válido o acto de disposição do comerciante no exercício da sua actividade sem o consentimento do outro cônjuge, pela introdução de uma norma que articulasse a regulamentação registal com a regulamentação mercantil.

¹¹⁰¹ No mesmo sentido, Camino Sanciñena Asurmendi, *ob. cit.*, pp. 255-259, referindo que a disposição da empresa não se enquadra nos actos que o art. 6.º do *Código do Comercio* refere, pelo que carece do consentimento de ambos os cônjuges. Além do mais o art. 1389.º, 2.º, do Cód. Civil espanhol, restringe os poderes do cônjuge administrador quanto à alienação de estabelecimentos comerciais, exigindo a autorização judicial, o que com maior razão deverá exigir-se no caso de não ter os poderes de administração conferidos nos arts. 1387.º e 1388.º do Cód. Civil espanhol. O mesmo acontece no direito alemão, nos termos dos §§ 1365.º e 1423.º do BGB, equiparando-se a disposição da empresa à disposição da totalidade do património, e no direito francês (art. 1424.º do Cód. Civil francês).

etc.¹¹⁰². Só carece do consentimento do seu cônjuge, mesmo para esses actos, se este colabora ou co-explora o mesmo estabelecimento comercial (cfr. o art. 2.º da Lei n.º 82-596, de 10 de Julho de 1982).

O mesmo resulta dos §§ 1431.º e 1456.º do BGB, ao dispor que o cônjuge administrador, ou qualquer um dos cônjuges no caso de administração conjunta, que deu o seu consentimento ao outro para o exercício de uma actividade profissional independente (seja ou não comercial, podendo mesmo incluir-se o exercício de profissões como a de advogado ou médico), não precisa de o prestar novamente para os negócios relativos a essa mesma actividade, ainda que se entenda que é necessário o consentimento de ambos os cônjuges para a disposição do estabelecimento comercial em si (§§ 1365.º e 1423.º do BGB)¹¹⁰³. E por esses actos fica também responsável o

¹¹⁰² F. Terré/Ph. Simler, *ob. cit.*, p. 363, e Montanier, *ob. cit.*, p. 142.

¹¹⁰³ O § 1365.º do BGB, cuja razão se encontra na protecção da base económica da família (e, indirectamente, na salvaguarda do futuro balanço do património final adquirido – v., MünchKomm - *Gernhuber*, § 1365 Rdn. 1, p. 351), coloca o problema de saber o que deve entender-se por disposição do património no seu conjunto („... *Vermögen im Ganzen*”), tanto mais que a lei não refere de modo uniforme tal património („*künftiges vermögen*” no § 310.º, „*gegenwärtiges vermögen*” no § 311.º, „*vermögen eines anderen*” no § 419.º, todos do BGB - v., Martin Lipp, *ob. cit.*, p. 78). Entende-se que o § 1365.º do BGB deve aplicar-se mesmo que se trate da disposição de um ou certos bens mas que constituam de facto o património do cônjuge ou quase todo esse património (*Einzeltheorie*), sendo necessário em cada caso aferir qual o património que resta para assim se poder concluir (Beitzke/Lüderitz, *ob. cit.*, p. 124, e Lüderitz/Dethloff, *ob. cit.*, pp. 105 e 106). A jurisprudência alemã tem entendido que só deve aplicar-se a norma em causa se o outro contraente sabia que o acto incidia sobre todo ou quase todo o património do cônjuge ou, pelo menos, tinha todos os elementos para o poder constatar (defendendo a *Einzeltheorie* numa vertente subjectiva). Também já decidiu que a oneração de um imóvel com um direito real de habitação (*dingliches Wohnrecht*) está incluído no preceito legal se o valor do imóvel baixar a um ponto tal que resta ao cônjuge proprietário uma parte ínfima do seu património. Pelo contrário, tem rejeitado a inclusão na norma de uma obrigação de pagamento, p. ex., uma caução, mesmo que tal obrigação possa pôr em perigo a totalidade do seu património. *Gernhuber/Coester-Waltjen*, *ob. cit.*, § 35, II, 1, p. 372, ainda que por regra afastem essa possibilidade, admitem que o § 1365.º do BGB possa incluir não apenas as vendas mas também os negócios a crédito (empréstimos) e até negócios abstractos (letras, cheques), cuja dívida afecte a totalidade do património comum e haja sujeição de tais contratos à acção executiva, se, pela celebração de tais contratos, existir fraude à lei (e, pela mesma razão, consideram que a disposição de participações sociais por um dos cônjuges poderá exigir o consentimento do outro no caso de haver fraude à lei – pp. 521 e 522). Mas afastam a necessidade do consentimento quanto aos encargos que oneram a propriedade mas que impliquem aquisições para aumento dos bens. Neste sentido, MünchKomm - *Gernhuber*, § 1365 Rdn. 57, pp. 365 e 366, considera que no caso de eventual constituição de hipoteca, por necessidade de recurso ao crédito para aquisição de bens, porque se trata de aumentar o património, será de afastar a necessidade do consentimento do cônjuge. Mas, por outro lado, tratando-se de negócios jurídicos dos quais resultam dívidas, onde não haja qualquer aquisição de bens, importa aferir a relação entre o bem hipotecado e os restantes bens para determinar a possibilidade de aplicação do § 1365.º do BGB (pp. 361 e 362).

V., sobre a consideração como disposição sobre o património no seu conjunto a de um bem individual, e as diferentes teorias (*Gesamttheorie* e *Einzeltheorie* (subjectiva ou objectiva)), entre outros, Soergel-Lange § 1365 Rdn. 9-21, pp. 178-180, Beitzke/Lüderitz, *ob. cit.*, pp. 125 e 126, e Lüderitz/Dethloff, *ob. cit.*, pp. 105-107, e *Gernhuber/Coester-Waltjen*, *ob. cit.*, § 35, II, 2-6, pp. 372-377.

Assim, por acto de disposição na sua totalidade entende a doutrina dominante não só aquele que incide sobre todo o património existente num dado momento, mas também o acto através do qual se alienem determinados bens ou valores que representem substancialmente o património inteiro. Será o caso, p. ex., da venda da única casa que se possui (v., *infra*, p. 450, nota 1109). M.^a Rita Lobo Xavier, “Reflexões sobre a posição do cônjuge meeiro...”, *loc. cit.*, p. 114, acrescenta também a alienação de uma

património comum e o património próprio do cônjuge administrador ou do outro cônjuge administrador (§§ 1437.º e 1438.º e §§ 1459.º e 1460.º do BGB).

O estabelecimento comercial é o conjunto de valores afectado por uma ou mais pessoas singulares ou colectivas, ou por uma sociedade, à exploração de um certo ramo de actividade comercial ou industrial, constituindo uma universalidade de direito sendo, portanto, um bem móvel (arts. 204.º e 205.º)¹¹⁰⁴. Tratando-se de um bem móvel podia incluir-se no grupo dos bens livremente alienáveis pelo cônjuge administrador. Porém, dada a sua importância pareceu razoável exigir-se o consentimento dos dois cônjuges para a sua alienação, quer o bem seja comum ou próprio de algum deles¹¹⁰⁵. Pela mesma razão, a lei aplicou ao estabelecimento comercial as restrições que valem para a oneração de imóveis e a sua locação (art. 1682.º-A, n.º 1, al. b)). Estranhamente a lei não refere a necessidade do consentimento para a constituição de outros direitos pessoais de gozo sobre o estabelecimento¹¹⁰⁶.

Um cônjuge não pode também, sem o consentimento do outro, onerar bens imóveis, próprios ou comuns, através da constituição de direitos reais de gozo ou de garantia e ainda dar de arrendamento esses bens¹¹⁰⁷ ou constituir sobre eles outros direitos

participação social numa sociedade por quotas. Também MünchKomm - *Gernhuber*, § 1365 Rdn. 71, p. 370, Thomas Rauscher, *ob. cit.*, p. 236, e Schröder/Bergschneider, *ob. cit.*, Rdn. 4.43, p. 143, são da mesma opinião se há uma afectação, ainda que virtual, do património no seu conjunto. Karl Haegle, “GmbH und verfügungsbeschränkungen der Zugewinnngemeinschaft”, *GmbH-Rundschau*, ano 56.º, 1965, p. 190, considerava também necessário o consentimento do cônjuge, de acordo com o § 1365.º do BGB, para o cônjuge sócio vender a participação social, se a venda afectar o património do cônjuge na sua totalidade, ou virtualmente o possa vir a afectar.

¹¹⁰⁴ Antunes Varela, *ob. cit.*, p. 390.

¹¹⁰⁵ V., Braga da Cruz, “Capacidade patrimonial...”, *loc. cit.*, p. 372.

No ordenamento jurídico francês é necessário o consentimento de ambos os cônjuges para a alienação ou oneração de estabelecimento comercial mas apenas quando este seja um bem comum (art. 1424.º do Cód. Civil francês). Acrescenta também o art. 2.º da Lei 82-596, de 10 de Julho de 1982, sobre os cônjuges dos artesãos e comerciantes que trabalham na mesma empresa comercial, que é necessário o consentimento do cônjuge do comerciante, que participa na actividade profissional da mesma empresa, para alienar ou onerar os elementos que integram o estabelecimento comercial comum e que sejam necessários à exploração da empresa e para arrendar o mesmo e receber os capitais provenientes dessas operações (Didier Martin, *ob. cit.*, pp. 177-194, e A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, p. 225).

¹¹⁰⁶ E, por isso, entende Leite de Campos, *Lições...*, *cit.*, p. 398, pode cada um dos cônjuges constituir outros direitos pessoais de gozo sobre o estabelecimento sem o consentimento do outro.

¹¹⁰⁷ Ainda que a locação seja considerada, em princípio, um acto de administração ordinária (art. 1024.º), a sua inclusão nos actos de disposição justifica-se pelo facto de o exercício dos direitos do arrendatário também provocar uma privação das faculdades do proprietário. O mesmo se diga de outros direitos pessoais de gozo, como o comodato. V., Antunes Varela, *ob. cit.*, p. 389. O mesmo se passa no direito italiano (v., De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia...*, *cit.*, p. 537) e no direito francês (v., art. 1425.º do Cód. Civil francês, e A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, pp. 214 e 215). Neste último, porém, exige-se apenas a intervenção de ambos os cônjuges, ou de um com o consentimento do outro, se se tratar de arrendamento de terreno rural ou imóvel comum para fim comercial, industrial ou artesanal, ficando os restantes arrendamentos sujeitos às regras previstas para os arrendamentos realizados pelo usufrutuário (art. 595.º do Cód. Civil francês). Para estes não é, em princípio, necessário o consentimento do outro cônjuge, salvo tratando-se da situação prevista no art. 2.º da Lei 82-596, de 10 de Julho de 1982 (onde o arrendamento fica sujeito

personais de gozo (art. 1682.º-A, n.º 1, al. a))¹¹⁰⁸. A constituição de direitos reais de gozo implica uma limitação do uso e da fruição do bem que pode ser semelhante, na prática, à

ao consentimento do cônjuge que trabalha na mesma empresa). Não deve, porém, esquecer-se a sujeição da disposição dos imóveis ao consentimento dos cônjuges nos termos do art. 215.º do Cód. Civil francês, que inclui também o arrendamento, além da disposição do art. 1751.º do Cód. Civil francês.

Castro Mendes, *Direito da Família*, cit., pp. 130 e 131, nota que se ambos os cônjuges administram um dado prédio rústico e um deles vende certos frutos do mesmo, tem legitimidade para tal, dado tratar-se de um acto de administração ordinária (arts. 1678.º, n.º 3, 1.ª parte, e 1682.º, n.º 1). Mas se um dos cônjuges pretender arrendar o prédio já não o poderá fazer sem o consentimento do outro, dado que o arrendamento é encarado como acto de disposição (art. 1682.º-A, n.º 1, al. a)). À luz da redacção do Cód. Civil de 1966, o arrendamento só era qualificado como acto de disposição se tivesse prazo superior a seis anos. Só neste caso, e salvo se vigorasse o regime de separação de bens, o cônjuge administrador carecia do consentimento do outro para o arrendamento do imóvel. V., A. Lopes Cardoso, *A Administração dos Bens...*, cit., pp. 174-177.

¹¹⁰⁸ A constituição de direitos pessoais de gozo está também sujeita ao consentimento de ambos os cônjuges no direito italiano, nos termos do art. 180.º do Cód. Civil italiano, quanto ao regime de comunhão de adquiridos. A lei equipara-os sempre aos actos de administração extraordinária para efeitos da administração conjunta dos cônjuges (e, por maioria de razão, entende-se que são também actos de administração extraordinária a alienação e constituição de direitos reais - Gabrielli/Cubeddu, *ob. cit.*, p. 114). A intenção foi essencialmente a protecção da casa de morada da família e a subordinação dos actos a ela relativos ao consentimento de ambos os cônjuges. Aliás, a referência à casa de morada da família constava do projecto Iotti do código (v., Schlesinger, *ob. e loc. cit.*, sob a direcção de Carraro/Oppo/Trabucchi, p. 414, e A. Galasso, *ob. cit.*, p. 313). Entende alguma doutrina italiana que a limitação do art. 180.º do Cód. Civil italiano não se aplica a todos os direitos pessoais de gozo, mas apenas àqueles adquiridos ou constituídos pela comunhão (no interesse da comunhão), uma vez que a limitação resulta da titularidade do bem. De facto, a lei não podia limitar a liberdade de contratar dos cônjuges. Assim, só limita no caso de contratos celebrados para a comunhão. Neste caso, será necessário o consentimento de ambos os cônjuges. Além disso, as dívidas contraídas por apenas um dos cônjuges relativamente à constituição de direitos pessoais de gozo para a comunhão não serão da responsabilidade do património comum, se contraídas por apenas um dos cônjuges, não sendo de aplicar o disposto no art. 186.º, al. c), do Cód. Civil italiano (v., Schlesinger, *ob. e loc. cit.*, sob a direcção de Carraro/Oppo/Trabucchi, p. 415, e A. Fusaro, *ob. cit.*, p. 419). Por outro lado, e como referem alguns autores, os actos para constituição de direitos pessoais de gozo sobre bens de diminuto valor não são actos de administração extraordinária, sendo de excluí-los da exigência da administração conjunta (p. ex., o empréstimo de um livro ou a locação de um local de diminuto valor). Além disso, a constituição de tais direitos sobre bens móveis não sujeitos a registo não gera a invalidade do acto (art. 184.º, 3.º, do Cód. Civil italiano). Deverá, assim, considerar-se que a exigência da administração conjunta é aplicada para os actos de constituição de direitos pessoais de gozo (locação e comodato) sobre bens imóveis da comunhão (L. Brusuglia, “L’amministrazione dei beni...”, *ob. e loc. cit.*, pp. 257 e 258). Nenhum dos cônjuges pode realizar um contrato de locação sem o consentimento do outro, salvo se se tratar de bens próprios seus ou destinados ao exercício da sua profissão (Schlesinger, “Del regime patrimoniale della famiglia...”, *ob. e loc. cit.*, sob a direcção de Cian/Oppo/Trabucchi, p. 172, defendendo uma interpretação restritiva da norma em causa).

Não conseguimos, em qualquer dos casos, articular o regime da administração com a responsabilidade por dívidas: se a constituição de direitos pessoais de gozo carece do consentimento de ambos os cônjuges, sob pena de anulabilidade (art. 184.º do Cód. Civil italiano), como pode dizer-se que a dívida, que pode resultar da constituição desses direitos pessoais de gozo por apenas um dos cônjuges, mas no interesse da família, responsabiliza a comunhão (art. 186.º, al. c), do Cód. Civil italiano). Aliás, é isto mesmo que Enrico Messori, “Comunione legale tra coniugi e diritti personali di godimento”, *Archivio giuridico Filippo Serafini*, n.º 202.º, 1 (Março), 1982, p. 118, refere ao dizer que se um cônjuge pratica sozinho um acto de administração extraordinária (p. ex., o arrendamento da casa de morada da família), apenas ele responde pela dívida daí decorrente (o pagamento das rendas), salvo se a contracção da dívida for no interesse da família, não havendo anulabilidade do acto (dado que o autor considera que o art. 184.º do Cód. Civil italiano apenas se aplica aos actos de disposição mesmo se estiverem em causa direitos pessoais de gozo). Repare-se que neste caso o cônjuge não contraente beneficia do arrendamento sem responder pelas dívidas a ele ligadas (p. 120). Também, Schlesinger, “Del regime patrimoniale della famiglia...”, *ob. e loc. cit.*, sob a direcção de Cian/Oppo/Trabucchi, p. 173, considera que o art. 180.º do Cód. Civil italiano implica, neste sentido, uma derrogação do art. 186.º, al. c), do mesmo código.

O direito espanhol não especifica quais os actos de disposição sobre os bens comuns que carecem do consentimento de ambos os cônjuges, devendo entender-se que se trata de actos que afectam a raiz do bem, nos termos já analisados neste trabalho. O art.

perda do valor do bem. A constituição de direitos reais de garantia pode acabar numa alienação forçada, sempre que não se cumpra a obrigação garantida.

Estas restrições à livre disponibilidade do cônjuge proprietário, tratando-se de imóveis próprios, parecem excessivas (o ordenamento jurídico italiano não prevê qualquer limitação a essa disposição, mesmo no caso da casa de morada da família)¹¹⁰⁹, além de que o regime das ilegitimidades conjugais, pensado para um modelo de riqueza fundiária, está hoje ultrapassado pela importância crescente dos valores mobiliários (depósitos bancários, acções, obrigações...)¹¹¹⁰. Estes, contrariamente àqueles,

1377.º do Cód. Civil espanhol determina que é necessário o consentimento de ambos os cônjuges para a disposição de bens comuns, nomeadamente, imóveis, acrescentando o art. 1320.º do Cód. Civil espanhol a necessidade do consentimento para a disposição da casa de morada da família (e aqui seja bem comum ou próprio de um dos cônjuges). Decorre também dos arts. 1375.º e 1377.º do Cód. Civil espanhol que a constituição de direitos reais de garantia, como a hipoteca, está também sujeita ao consentimento de ambos os cônjuges (v., López Liz, *ob. cit.*, pp. 138-143).

Os §§ 1424.º e 1450.º do BGB exigem o consentimento de ambos os cônjuges para disposição de bens imóveis pertencentes ao património comum, não especificando também quais os actos em causa. É discutido também, para efeitos do § 1365.º do BGB, saber se os encargos sobre a propriedade, sejam com direitos reais limitados (como o usufruto ou a servidão) ou com a constituição de direitos reais de garantia (p. ex., a hipoteca) se incluem como actos que podem virtualmente afectar o património no seu todo e, por isso, carecerem do consentimento do cônjuge não disponente. V., Staudinger, *ob. cit.*, §§ 1363.º-1563.º, § 1365 Rdn. 46-54, pp. 68-71 (defendendo a necessidade do consentimento nesses casos, consoante o efeito económico daí resultante: „Nur solche „Verfügungen“ über das „Vermögen im ganzen“ im rechtstechnischen Sinne werden von § 1365 erfaßt, die das vorhandene Vermögen eines Ehegatten auch in ihrer „wirtschaftlichen“, in ihrer vermögensrechtlichen bedeutung (nahezu) voll ausschöpfen“), e Schwab, *ob. cit.*, pp. 114-116.

¹¹⁰⁹ De facto, tratando-se da casa de morada da família os cônjuges deverão observar o art. 144.º do Cód. Civil italiano, quanto ao acordo em relação à casa de morada da família, podendo qualquer um deles recorrer ao tribunal para resolver eventuais desacordos (art. 145.º do Cód. Civil italiano). Mas não há norma que impeça o cônjuge proprietário de dispor de um bem próprio seu, que pode ser a casa de morada da família. Há apenas que observar, quanto à constituição de direitos pessoais de gozo sobre a mesma casa, o art. 180.º, 2.º, do Cód. Civil italiano, que exige o consentimento de ambos os cônjuges.

O direito alemão prevê idêntica restrição à livre disponibilidade dos bens próprios dos cônjuges no regime de *Zugewinnsgemeinschaft*, mas apenas quando estejam em causa disposições que possam afectar a totalidade do património (§ 1365.º do BGB). O que significa que, não se tratando de disposições da totalidade do património, pode um cônjuge dispor livremente do seu bem próprio que constitui também a casa de morada da família, situação, aliás, notada por A. Rieg, *ob. cit.*, p. 928.

¹¹¹⁰ É evidente que no caso de títulos nominativos, considerados bens comuns, este facto afasta a possibilidade de o cônjuge não titular poder administrar e dispor do título em causa (afastando-se da regra do art. 1682.º, n.º 1, e 1678.º, n.º 3, 1.ª parte, tratando-se de acto de administração ordinária). Por outro lado, o cônjuge que figura como titular pode praticar todos os actos a ele relativos. Neste sentido, L. Brusuglia, “L’amministrazione dei beni...”, *ob. e loc. cit.*, p. 266.

Leite de Campos, *Lições...*, *cit.*, pp. 399 e 400, analisa a questão da administração por um dos cônjuges de uma carteira de acções que é comum. Essa administração implica a sua venda e com o produto da venda a aquisição de outras e assim sucessivamente. Para alienar estas acções, bem comum, o cônjuge carece, de acordo com as regras gerais, do consentimento do outro. Porém, mesmo que não o obtenha, a alienação das acções é para o autor um acto de administração ordinária, podendo o administrador dispor do bem livremente. Só assim não será se a carteira de acções não constituir um património em movimento, mas dotada de estabilidade, mantida em reserva. Neste caso, a sua alienação carece do consentimento do outro cônjuge. Na mesma lógica de obediência ao ritmo rápido da transacção, Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 566 e 567, consideram que a aquisição de títulos na Bolsa não está sujeita ao regime do art. 1723.º, al. c). Não seria viável que o outro cônjuge intervisse em cada acto de aquisição para declarar a proveniência do dinheiro. Por isso, consideram que a alienação de títulos e o reemprego subsequente dos valores próprios correspondem à gestão ordinária de uma carteira de títulos. No direito francês, entende-se que o art. 1424.º do Cód. Civil francês não se aplica aos valores mobiliários, sejam ao portador ou nominativos, precisamente atendendo

obedecem a um regime de livre movimentação (art. 1680.º), sem as restrições dos regimes de administração e disposição dos bens do casal¹¹¹¹, protegido ainda pelo sigilo bancário. De facto, já Pires de Lima e Braga da Cruz, em 1953, a propósito da necessidade do consentimento para a alienação de bens imóveis, referiam que a necessidade de o marido ter o consentimento da mulher para dispor dos bens imóveis decorria da grande importância concedida à propriedade imobiliária na data da promulgação do Cód. de Seabra. “Hoje, a propriedade mobiliária, em muitos casos, apresenta uma importância superior à imobiliária, em consequência, sobretudo, do desenvolvimento dos capitais circulantes (...). Em consequência disto, o Código Civil encontra-se, hoje, um pouco antiquado nesta matéria, necessitando de ser profundamente refundido”¹¹¹². Infelizmente, nem o legislador de 1966 nem o da Reforma de 1977 ponderaram tal facto.

Carece também do consentimento de ambos os cônjuges a alienação, oneração, arrendamento¹¹¹³ ou constituição de outros direitos pessoais de gozo sobre a casa de morada da família (art. 1682.º-A, n.º 2, e 1682.º-B)¹¹¹⁴. Visa-se salvaguardar a

às exigências das técnicas bancária e da bolsa. A exigência do consentimento de ambos os cônjuges seria dificilmente compatível com as características dos valores mobiliários que exigem rapidez na sua gestão (A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., p. 232).

¹¹¹¹ Esperança Pereira Mealha, *ob. cit.*, p. 24.

¹¹¹² Pires de Lima/Braga da Cruz, *ob. cit.*, p. 147, e Pires de Lima, “Anteprojecto...”, *loc. cit.*, p. 17. V. também, Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, cit., vol. VI, p. 492, onde chama a atenção para as cada vez mais importantes e numerosas fortunas mobiliárias.

A importância dos bens móveis face aos imóveis era também referida por L. Ricca, “Gli atti di amministrazione nel regime patrimoniale della famiglia”, in AAVV, *Studi sulla riforma del diritto di famiglia*, sob a direcção de Ennio Russo, Milano, Giuffrè Editore, 1973, p. 472, a propósito da reforma do Direito da Família em Itália.

¹¹¹³ Nuno de Salter Cid, *ob. cit.*, p. 196, defende, no caso de a finalidade habitacional, secundária, estar contida num arrendamento rural, a extensão da tutela do art. 1682.º-B. De igual modo, a tutela que esta norma concede à casa tomada de arrendamento deve ser estendida à casa habitada com fundamento num contrato de comodato (p. 229).

¹¹¹⁴ No Código Civil de 1966, a casa de morada da família não beneficiava de qualquer estatuto especial, estando sujeita às regras gerais de disposição sobre bens imóveis, ou seja, só podia ser alienada ou onerada com o consentimento de ambos os cônjuges se estes fossem casados em regime de comunhão (se fossem em regime de separação, o seu proprietário podia dispor dela livremente). No caso de os cônjuges viverem em casa arrendada, o cônjuge arrendatário podia dispor livremente do direito ao arrendamento, sem necessidade do consentimento do outro cônjuge (dado não existir disposição semelhante ao art. 1682.º-A, introduzido pela Reforma de 1977).

Repare-se que, nos termos do art. 28.º-A, n.ºs 1 e 3, do Cód. de Processo Civil, devem ser propostas por marido e mulher, ou por um deles com consentimento do outro, ou contra eles, as acções de que possa resultar a perda ou a oneração de bens que só por ambos possam ser alienados ou a perda de direitos que só por ambos possam ser exercidos, incluindo as acções que tenham por objecto, directa ou indirectamente, a casa de morada da família. Se só ambos podem dispor dos bens, só ambos podem intervir processualmente se estão em causa os mesmos bens. Igual exigência é feita pelo art. 239.º do CPPT em matéria de execução fiscal. Por isso, também determina o art. 864.º do Cód. de Processo Civil a citação do cônjuge do executado quando esteja em causa a penhora de bens imóveis ou do estabelecimento comercial quando bens próprios do executado. E repare-se que esta intervenção de ambos os cônjuges processualmente no caso de bens imóveis era já exigida à luz do Cód. de Processo Civil de 1939: apesar da incapacidade da mulher casada exigia-se a participação processual de ambos os cônjuges quando estavam em causa bens imóveis

estabilidade da habitação familiar no interesse dos cônjuges e dos filhos, no decurso da vida conjugal. A lei visa proteger cada um dos cônjuges contra actos de disposição sobre a casa de morada da família praticados pelo outro cônjuge e que possam pôr em perigo a estabilidade da habitação familiar. De acordo com as regras gerais, o cônjuge proprietário da casa de morada da família poderia livremente onerá-la, vendê-la, doá-la... sem o consentimento do outro cônjuge e com prejuízo deste e dos filhos¹¹¹⁵. É evidente que a casa de morada da família mantém esta qualidade se for e enquanto for a residência da família, fixada de acordo com o art. 1673.º. A casa de morada da família só deixará de o ser se os cônjuges acordarem, expressa ou tacitamente, na alteração da sua residência, ou se o tribunal fixar uma nova residência a requerimento de qualquer

(v., Alberto dos Reis, *Processo...*, cit., p. 206, e vol. II, reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 1985, p. 230). Não refere, porém, o art. 864.º do Cód. de Processo Civil a necessidade de citação do cônjuge no casos em que esteja em causa a penhora de bens móveis para cuja alienação é também necessário o consentimento de ambos os cônjuges (bens utilizados conjuntamente pelos cônjuges na vida do lar ou como instrumento comum de trabalho – art. 1682.º, n.º 3). Defendendo o alargamento da citação do cônjuge do executado também nesses casos, v., Anselmo de Castro, *A acção executiva singular, comum e especial*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1973, p. 180, e M.ª José Capelo, “Pressupostos processuais...”, loc. cit., p. 92.

¹¹¹⁵ A actual tendência é no sentido de uma tutela cada vez maior da casa de morada da família. Um dos problemas debatidos na doutrina estrangeira é o de saber se esta protecção abrange apenas a residência principal da família ou também a habitação secundária, de fim-de-semana ou de férias. V., Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 431. O ac. da RC, de 12.01.1999 (*BMJ*, n.º 483.º, 1999, p. 278), considerou que a casa de morada da família não tem que ser a residência habitual do casal. Por isso, goza também da protecção conferida pelos arts. 1682.º-A e 1687.º, a casa comprada em Portugal por um casal de emigrantes para a habitarem em tempo de férias. E com este problema relaciona-se o de saber se a protecção conferida pelo art. 1682.º, n.º 3, al. a), ao recheio da casa de morada da família, deve estender-se aos móveis utilizados numa residência secundária.

Para M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, p. 29, A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., pp. 34 e 35, e Rémy Cabrillac, *ob. cit.*, p. 36, a casa de morada da família protegida pelo art. 215.º, 3.º, do Cód. Civil francês, corresponde à residência principal da família, não se aplicando, em princípio, à residência secundária. O mesmo acontece em relação à casa arrendada, nos termos do art. 1751.º do Cód. Civil francês (p. 40). F. Terré/Ph. Simler, *ob. cit.*, p. 51, Flour/Champenois, *ob. cit.*, p. 109, M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, p. 29, e Rémy Cabrillac, *ob. cit.*, p. 36, defendem ainda que se o local onde a família reside está em relação directa com a profissão exercida por um dos cônjuges (“*logement de fonction*”) e se a sua disposição está ligada a uma decisão profissional do seu titular esta não exige o consentimento do outro cônjuge, tendo um estatuto à parte face ao art. 215.º, 3.º, do Cód. Civil francês, para salvaguarda da independência profissional dos cônjuges (art. 223.º do Cód. Civil francês). A mesma razão vale para admitir a livre disposição no caso de habitação com um fim misto de habitação e profissional (salvo os casos em que a lei impõe a cogestão: arts. 1424.º e 1425.º do Cód. Civil francês, art. L. 411-68 do *Code rural*, e art. 2.º da Lei 82-596, de 10 de Julho de 1982).

Também o direito espanhol apenas contempla a casa de morada da família como residência principal da família, referindo o art. 1320.º do Cód. Civil espanhol a *vivienda habitual* da família.

A protecção do direito “a um tecto” encontra também tradução no direito inglês desde 1967 (*Matrimonial Homes Act*), tendo o *Family Law Act* de 1994 denominado tal direito de *matrimonial homes rights* (Stephen Cretney, *Family Law*, 3.ª ed., London, Sweet & Maxwell, 1997, pp. 95 e 96). Aliás, vigorando o regime de separação de bens, há uma preocupação no sentido da protecção da casa de morada da família, sendo apresentadas propostas no sentido de restringir o poder de disposição do titular da mesma sem o consentimento do cônjuge, de proteger a casa de morada comum contra execuções de credores, de presunção de compropriedade da mesma pelos cônjuges (v., S.M. Cretney/J.M. Masson, *Principles of Family Law*, 6.ª ed., London, Sweet & Maxwell, 1997, pp. 227-230, e 7.ª ed., 2003, pp. 167-172). O mesmo encontra tradução no direito escocês, onde *The Matrimonial Homes (Family Protection) (Scotland) Act 1981* estabeleceu regras limitativas do poder de disposição do cônjuge proprietário da casa de morada da família, visando essencialmente a protecção do outro cônjuge (v., Lilian Edwards/Anne Griffiths, *Family Law*, Edinburgh, W. Green/Sweet & Maxwell, 1997, pp. 301-325).

dos cônjuges. Deixará também de existir casa de morada da família se os cônjuges resolverem separar-se e abandonarem ambos a casa onde moravam¹¹¹⁶. O mesmo acontece no caso de separação de pessoas e bens.

Também os arts. 215.º, n.º 3, e 1751.º do Cód. Civil francês (a que pode também acrescentar-se o art. 1424.º do mesmo código) exigem o consentimento de ambos os cônjuges para a disposição da casa de morada da família e dos móveis que constituem o recheio da mesma ou para disposição do direito de arrendamento da mesma (mesmo que o contrato de arrendamento seja anterior ao casamento), sem prejuízo do suprimento judicial do mesmo (art. 217.º do Cód. Civil francês)¹¹¹⁷. É importante referir que o art. 1751.º do Cód. Civil francês, estipulando a contitularidade do arrendamento, determina

¹¹¹⁶ Pronunciou-se neste sentido o ac. do STJ, de 10.05.1988 (*RLJ*, ano 123.º, 1990/91, p. 366), ao apreciar um pedido de anulação apresentado pela mulher da alienação da casa de morada da família, feita pelo marido, sem o consentimento dela. A venda tinha sido efectuada depois da separação de facto do casal, quando já nenhum dos cônjuges vivia na casa. Por seu lado, o ac. da RP, de 24.09.2001 (*Col. Jurisp.*, tomo IV, 2001, p. 197), decidiu que, mesmo havendo separação de facto, se um dos cônjuges continuar a habitar a casa o direito de habitação da casa e o direito de uso do recheio continuam a ser-lhe atribuídos, nos termos do art. 2103.º- A. A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., p. 35, refere que, para protecção da casa de morada da família, para efeitos da sua disposição (art. 215.º, n.º 3, do Cód. Civil francês) não é indispensável que os cônjuges vivam juntos, sendo também necessário o consentimento de ambos para a sua disposição nas situações de separação de facto ou de crise conjugal. No mesmo sentido, Malaurie/Aynès, *ob. cit.*, p. 48.

¹¹¹⁷ Uma das questões discutidas no ordenamento jurídico francês é a da determinação das fronteiras entre o art. 217.º do Cód. Civil francês e o art. 219.º do mesmo código, já que uma das situações previstas no art. 217.º coincide com a do art. 219.º, ou seja, a impossibilidade de um dos cônjuges manifestar a sua vontade. O art. 217.º do Cód. Civil francês apenas se aplica aos casos em que um dos cônjuges pretende realizar um acto que está incluído nos seus poderes mas carece do consentimento do outro cônjuge. Ou seja, não serve, ao contrário do art. 219.º do Cód. Civil francês, para os casos em que um cônjuge pretende praticar um acto incluído nos poderes do outro cônjuge (p. ex., um acto de administração ou disposição sobre um bem próprio do outro cônjuge em qualquer regime de bens, a alienação da casa de morada da família quando esta é bem próprio de um dos cônjuges...). V., Marty/Raynaud, *ob. cit.*, pp. 39 e 40, Cornu, *ob. cit.*, p. 121, e A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., p. 66. Este último autor fala de autorização a propósito do art. 217.º do Cód. Civil francês e de habilitação quanto ao art. 219.º do Cód. Civil francês (p. 122). Assim, alguns autores consideram que o art. 219.º do Cód. Civil francês só poderá ser utilizado se o cônjuge não tem quaisquer poderes sobre o bem em relação ao qual solicitou a autorização judicial, e o art. 217.º do Cód. Civil francês será utilizado quando o cônjuge tem algum poder (parcial) sobre o bem (Rieg/Lotz, *ob. cit.*, p. 291, Marty/Raynaud, *ob. cit.*, pp. 39 e 46, François Boulanger, *ob. cit.*, p. 294, Flour/Champenois, *ob. cit.*, pp. 118-122 e pp. 125 e 126, e Terré/Fenouillet, *ob. cit.*, p. 403). Outros, pelo contrário, consideram que todos os actos que podem compreender-se no art. 217.º do Cód. Civil francês podem também ser autorizados ao abrigo do art. 219.º do mesmo código, ainda que os efeitos sejam diferentes (Aubry/Rau, *ob. cit.*, p. 105 e nota 37, Henri Mazeaud, *et alii, Leçons de Droit Civil. Régimes matrimoniaux*, cit., p. 46 (ainda que considere que o art. 217.º do Cód. Civil francês deveria apenas ser utilizado para os actos em que é preciso o consentimento de ambos os cônjuges), Goubeaux/Voirin, *ob. cit.*, p. 26, e A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., p. 67). Repare-se que o cônjuge autorizado ao abrigo do art. 217.º do Cód. Civil francês obriga-se a si e à comunhão, se o regime for comunitário, mas não o seu cônjuge; ao passo que se o cônjuge actua com fundamento no art. 219.º do Cód. Civil francês representa o seu cônjuge face a terceiros, ou seja, obriga o cônjuge representado e não o representante (Marty/Raynaud, *ob. cit.*, p. 45, e Henri Mazeaud, *et alii, Leçons de Droit Civil. La famille*, cit., pp. 516 e 517). É essencialmente nas situações em que a lei excepcionalmente exige a cogestão que se aplicará o art. 217.º do Cód. Civil francês, que necessariamente terá de reportar-se a actos determinados e situações pontuais, servindo essencialmente para obter uma autorização, por forma a “desbloquear” uma situação. Diferente do art. 217.º do Cód. Civil francês é também o art. 1426.º do mesmo código, situação em que um dos cônjuges requer a substituição do outro cônjuge quanto aos seus poderes sobre os bens comuns (v., A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., p. 68).

a necessidade do consentimento de ambos os cônjuges para dispor do direito ao arrendamento da casa de morada da família, considerando-se o arrendamento no nome de ambos os cônjuges. Por isso, e em ligação ao passivo, ambos os cônjuges são solidariamente responsáveis pelas dívidas das rendas¹¹¹⁸.

O art. L. 411-68 do *Code rural*, determinando que o cônjuge titular do arrendamento carece do consentimento do seu cônjuge, que participa na exploração agrícola, para denunciar, ceder ou obrigar o local arrendado, exige também o consentimento de ambos os cônjuges para a disposição do direito ao arrendamento rural. Quer se trate de bem comum ou próprio de qualquer um dos cônjuges, e não obstante a regra da administração singular dos bens próprios em qualquer regime de bens e a regra da administração disjunta para os bens comuns (salvo os casos dos arts. 1422.º a 1425.º do Cód. Civil francês e, em especial, para a limitação relativa ao art. 215.º do Cód. Civil francês, o art. 1424.º do Cód. Civil francês) nos regimes de comunhão; quer se trate de alienação a título oneroso ou gratuito. Repare-se, porém, que o art. 215.º, n.º 3, do Cód. Civil francês, refere apenas os actos de disposição, ou seja, venda, doação, constituição de hipoteca, de usufruto, etc. A *Cour de Cassation* já entendeu que o cônjuge proprietário podia dispor da casa por testamento¹¹¹⁹. Discutiu-se também a possibilidade de um cônjuge onerar a casa com a prestação de uma caução (dado esta não ser um acto de alienação)¹¹²⁰. Ficam, obviamente, excluídos os casos de alienação forçada, como no de expropriação por utilidade pública ou de execução e penhora para pagamento de dívidas face aos credores.

Prevê também o direito espanhol, no art. 1320.º do Cód. Civil espanhol, depois da Reforma de 1981, que é necessário o consentimento de ambos os cônjuges (ou a

¹¹¹⁸ V., Annie Lamboley/Marie-Hélène Laurens-Lambole, *Travaux dirigés de droit des régimes matrimoniaux*, 3.ª ed., Paris, Litec, 2002, p. 62, e jurisprudência aí citada.

¹¹¹⁹ V., Civ. 1.ª, de 22 de Outubro de 1974 (*JCP* 1975.II.18041), objecto de críticas por parte da doutrina francesa, pelo facto de o art. 215.º, 3.º, do Cód. Civil francês, não fazer qualquer distinção entre actos de disposição em vida ou por morte e por ser perigoso fazer cessar a protecção no momento em que ela será mais necessária. V., p. ex., Cornu, *ob. cit.*, pp. 90 e 112, e F. Terré/Ph. Simler, *ob. cit.*, p. 53. Defendem, porém, a posição jurisprudencial Marty/Raynaud, *ob. cit.*, p. 35, Flour/Champenois, *ob. cit.*, pp. 111 e 112, F. Lucet/B. Vareille, *ob. cit.*, p. 36, M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, p. 31 (considerando que o art. 215.º, 3.º, do Cód. Civil francês, não se aplica aos actos de disposição por morte), Malaurie/Aynés, *ob. cit.*, p. 52, e *Droit Civil. La famille*, Paris, Éditions Cujas, 1987, p. 477, e Farafina L. Boussougou-Bou-Mbine, *ob. cit.*, p. 56, nota 106. De facto, como defende o referido acórdão, inserindo-se o art. 215.º do Cód. Civil francês na regulamentação do casamento, com a morte este dissolve-se, logo não será de aplicar a mencionada norma.

¹¹²⁰ A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, p. 36. M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 31 e 162, ao referir a exclusão da necessidade do consentimento no caso de alienações forçadas, refere o caso de execução dos bens na sequência da prestação de caução.

respectiva autorização judicial)¹¹²¹ para a disposição dos direitos sobre a casa de morada da família (alienação, constituição de direitos reais limitados, hipoteca, arrendamento, etc.)¹¹²² e sobre os móveis de uso ordinário da família (entendendo-se que se trata da generalidade dos móveis e não de um acto isolado)¹¹²³, independentemente do regime de bens adoptado. A necessidade do consentimento de ambos os cônjuges impõe-se mesmo no caso de apenas um deles ser o titular dos direitos em causa¹¹²⁴. A falta do referido consentimento (que pode ser prestado depois da prática do acto, mediante confirmação) implica a anulação do acto ou mesmo a sua nulidade se se tratar de actos praticados a título gratuito (art. 1322.º do Cód. Civil espanhol). O objectivo é, obviamente, evitar que, mediante um acto de disposição realizado por apenas um dos cônjuges, sem o consentimento do outro ou o respectivo suprimento judicial, o outro cônjuge e todos os membros da família tenham que abandonar a casa de morada da família¹¹²⁵.

A protecção da casa de morada da família encontra tradução também no art. 1321.º do Cód. Civil espanhol no caso de morte de um dos cônjuges (que regula o chamado direito de sobrevivência ou de “*predetracción*” do cônjuge sobrevivente). Aí se dispõe que as roupas, móveis e equipamentos que integrem o recheio da casa de morada da família¹¹²⁶ (com exclusão de objectos artísticos, históricos e outros de valor extraordinário) são entregues ao cônjuge sobrevivente, sem se computar o valor na sua meação nos bens comuns nem na sua parte a título sucessório. Procura-se evitar que o

¹¹²¹ No regime de comunhão de adquiridos a autorização judicial só existirá no caso de disposição a título oneroso, sendo a disposição a título gratuito sem o consentimento do outro cônjuge nula (arts. 1377.º e 1378.º do Cód. Civil espanhol).

¹¹²² Sobre o conceito de *vivienda habitual*, v., M.ª Pilar Alvarez Olalla, *ob. cit.*, pp. 421-429.

¹¹²³ M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, p. 1506, e L. Díez-Picazo/A. Gullón, *ob. cit.*, p. 146.

¹¹²⁴ Aplicando-se quando sejam os cônjuges comproprietários, quando sejam titulares do bem em comunhão, quando um deles seja o proprietário, sendo certo que nos dois primeiros casos há um acto de co-disposição, enquanto que no último caso um dos cônjuges não é parte interveniente no acto de disposição. O art. 12.º da *Ley de arrendamientos urbanos*, de 24 de Novembro de 1994, refere o caso específico do direito ao arrendamento da casa de morada da família, e o art. 91.º, 1.º, do *Reglamento Hipotecario*, a inscrição dos actos de disposição sobre a casa de morada da família da titularidade de apenas um dos cônjuges (estipulando que é necessária a prova de que a casa não é a de morada da família para a sua inscrição no registo).

¹¹²⁵ Por isso, Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida, *et alii*, *Elementos de Derecho Civil. Familia*, *cit.*, p. 129, entendem que a venda da casa de morada da família pelo cônjuge proprietário sem o consentimento do outro mas com reserva de usufruto em proveito do cônjuge não se inclui na restrição do art. 1320.º do Cód. Civil espanhol, dado que está assegurada a protecção da casa de morada da família. V. também, A. López/V.L. Montés/E. Roca, *et alii*, *ob. cit.*, p. 98, López Liz, *ob. cit.*, p. 123, e Román García, *El matrimonio y su economía (Régimen económico matrimonial legal y regímenes convencionales)*, Madrid, Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, 2004, p. 67. Contra, Giménez Duart, “La organización económica del matrimonio..”, *loc. cit.*, p. 88, que também neste caso acha preferível existir o consentimento do outro cônjuge ou respectivo suprimento judicial.

¹¹²⁶ Como referem L. Díez-Picazo/A. Gullón, *ob. cit.*, p. 147, a referência à casa de morada “comum” é desnecessária e até incorrecta, dado que o art. 1321.º do Cód. Civil espanhol aplica-se a qualquer regime de bens e, por isso, não é necessário que a casa seja comum nem que vigore o regime de comunhão entre os cônjuges.

cônjuge sobrevivente seja prejudicado nas mais elementares necessidades da sua vida com a morte do outro.

Por seu lado, nem o direito italiano nem o direito alemão dispõem de norma idêntica para protecção da casa de morada da família, preocupando-se apenas com essa protecção no fim do casamento (v. art. 540.º, 2.º, do Cód. Civil italiano, e § 1361.º do BGB, e §§ 3.º a 7.º da *Verordnung über die Behandlung der Ehewohnung und des Hausrats*). Contudo, o art. 180.º do Cód. Civil italiano faz referência à necessidade do consentimento dos cônjuges para os actos de constituição de direitos pessoais de gozo, nomeadamente, e em especial, quanto ao arrendamento da casa de morada da família¹¹²⁷.

Dispõe ainda o art. 1683.º, n.º 2, do nosso Cód. Civil, a propósito dos regimes de comunhão, que não pode um cônjuge sem o consentimento do outro repudiar heranças ou legados. Dado que, em princípio, a herança ou legado constituem um benefício, o seu repúdio significaria uma perda patrimonial como qualquer outra perda económica. Ambos os cônjuges são interessados, quer o bem se integre no património comum (art. 1732.º), quer se integre no património do cônjuge chamado (art. 1722.º, n.º 1, al. b)), dado que o seu cônjuge sempre participará em metade dos frutos dos bens (arts. 1728.º, n.º 1, e 1733.º, n.º 2)¹¹²⁸. Pelo contrário, pode qualquer dos cônjuges aceitar doações, heranças ou legados sem o consentimento do outro (art. 1683.º, n.º 1)¹¹²⁹. Referem Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira que “a aceitação, no nosso direito, não faz

¹¹²⁷ Na mesma lógica, as dívidas das rendas responsabilizam o património comum, nos termos do art. 186.º, al. c), do Cód. Civil italiano.

Pode acontecer, como refere Thomas Rauscher, *ob. cit.*, p. 229, no direito alemão, que um cônjuge, à luz do regime legal da *Zugewinnsgemeinschaft*, pode dispor livremente da casa de morada da família (salvo se se verificar a restrição do § 1365.º do BGB), mas não pode dispor da televisão que integra o recheio da mesma (§ 1369.º do BGB).

¹¹²⁸ Se o chamado pretender, justificadamente, repudiar a herança ou legado e o seu cônjuge não der o necessário consentimento, fica dependente da notificação para dizer se aceita ou repudia, sob a cominação de o silêncio valer como aceitação (art. 2049.º). Por isso, convém-lhe usar o meio de suprimento do consentimento conjugal, previsto no art. 1684.º e nos arts. 1425.º e 1426.º do Cód. de Processo Civil. V., A. Lopes Cardoso, *A Administração dos Bens...*, *cit.*, pp. 179 e 180, e Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 436.

¹¹²⁹ Em sentido oposto, no direito italiano tem sido entendido que é acto de administração extraordinário e, por isso, carece do consentimento de ambos os cônjuges, a aceitação da herança, bem como a recusa de legado ou de doação. V., Patrizia di Martino/Sergio Rovera, “La comunione legale tra coniugi: l’amministrazione dei beni”, in AAVV, *Il Diritto di Famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia*, sob a direcção de G. Bonilini/G. Cattaneo, vol. II, Torino, Utet, 1997, p. 169 e nota 16.

Por seu lado, no direito alemão, o § 1432.º do BGB, no caso de administração dos bens comuns por um dos cônjuges, e o § 1455.º, 1.º, do BGB, no caso de administração conjunta, estipulam que o cônjuge não administrador ou qualquer um dos cônjuges pode aceitar ou renunciar a herança ou doação sem consentimento do outro. Não aborda o BGB a situação do cônjuge administrador, já que este, tendo poderes administrativos e não estando nesta matéria limitados, poderá aceitar ou repudiar livremente heranças ou doações.

correr perigo, já que os encargos são limitados às forças da liberalidade” (arts. 963.º, n.º 2, 2071.º e 2276.º)¹¹³⁰. Parece-nos, todavia, que os riscos existem se o cônjuge aceita sem ser em benefício de inventário. De facto, neste caso, cabe-lhe a prova de que se excutiram os bens da herança, doação ou legado. Não o conseguindo provar respondem todos os bens do cônjuge aceitante o que, obviamente, não o afecta só a si mas também ao seu cônjuge, sobretudo se, por força do regime de bens, os bens doados, herdados ou legados ingressarem no património comum, situação em que responde também o património comum (art. 1693.º, n.º 2). Pode, porém, o cônjuge do aceitante impugnar o cumprimento dos encargos se demonstrar que o valor dos bens não é suficiente para a sua satisfação.

No regime de separação de bens cada um dos cônjuges pode dispor livremente dos seus bens imóveis próprios (art. 1682.º-A, n.º 1), salvo tratando-se da casa de morada da família, onde se aplica as mesmas restrições analisadas para os regimes de comunhão (arts. 1682.º-A, n.º 2, e 1682.º-B). Não pode, porém, e logicamente, cada um dos cônjuges dispor dos bens do seu cônjuge sob pena de nulidade do acto (arts. 892.º e 1687.º, n.º 4).

Portanto, para os actos referidos é necessário o consentimento do cônjuge. Este consentimento deve ser especial para cada acto (art. 1684.º, n.º 1)¹¹³¹, permitindo que o

¹¹³⁰ Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 436. Também Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil...*, *cit.*, vol. IV, p. 307. Parece-nos, porém, que a principal razão da distinção são motivos de ordem histórica. De facto, já o art. 1120.º do Cód. de Seabra, que entendia-se ser de aplicar a todos os regimes de bens, afastando o art. 2024.º (que exigia o consentimento para a aceitação e o repúdio), exigia o consentimento do outro cônjuge apenas para o repúdio da herança.

¹¹³¹ Como refere o ac. do STJ, de 04.05.2000 (*BMJ*, n.º 497.º, 2000, p. 377), o consentimento deve ser dado caso a caso, e não de forma genérica, a fim de lhe garantir a genuinidade. V., sobre a especialidade do consentimento, Cristina M. Araújo Dias, “A especialidade do consentimento conjugal na alienação de imóvel próprio”, *Cadernos de Direito Privado*, n.º 15 (Julho/Setembro), 2006, pp. 65-72, onde se anota o ac. do STJ, de 28.03.2006. Estava em causa saber se o consentimento dado pelo cônjuge da Ré para a compra e venda prometida por anterior contrato-promessa de compra e venda estava de acordo com as exigências legais do art. 1684.º do Código Civil. De facto, a Ré, casada no regime de comunhão de adquiridos, havia celebrado com o Autor um contrato-promessa de compra e venda de um imóvel, aí devidamente identificado e que a Ré veio a adquirir por partilha de herança, mediante o qual a Ré prometeu vender e o Autor comprar o mesmo imóvel, tendo o Autor entregue à Ré a totalidade do preço acordado. O marido da Ré declarou autorizar a mulher “a vender a quem, pelo preço e sobre as condições que entender, quaisquer prédios, parte de prédios ou direitos prediais, mesmo quinhões hereditários, que sejam seus bens próprios, designadamente nos concelhos de Vila Nova de Gaia e Gondomar, podendo para o efeito outorgar e assinar os documentos que forem necessários”, tendo sido presencial o reconhecimento da assinatura do marido da Ré constante deste documento. O STJ julgou procedente o recurso de revista apresentado, no sentido de que o consentimento conjugal prestado pelo cônjuge da Ré nos termos descritos observou o requisito da especialidade previsto no n.º 1 do art. 1684.º do Código Civil.

A especialidade do consentimento só é possível concretizar em cada caso atendendo aos factos concretos. Ora, no caso apresentado, os factos apontavam para um consentimento especial para a alienação de imóveis que, na altura em que foi prestado o mesmo consentimento, pertenciam ao quinhão hereditário da Ré. O consentimento deve ser especial mas não deve entravar a autonomia de disposição do proprietário dos bens, como ocorre com os imóveis em causa, bens próprios da Ré. Assim, o consentimento do marido da Ré ao declarar autorizar a mulher “a vender a quem, pelo preço e sobre as condições que entender,

consentimento do cônjuge seja ponderado, podendo ser expresso ou tácito. Em todo o caso, o consentimento está sujeito à forma exigida para a procuração (art. 1684.º, n.º 2), ou seja, à forma exigida para o respectivo negócio ou acto jurídico (art. 262.º, n.º 2). Assim, o consentimento para a constituição de direitos reais sobre imóveis deverá ser prestado por escritura pública¹¹³². Porém, o art. 117.º do Cód. do Notariado, uma das disposições em contrário ressalvadas no art. 262.º, n.º 2¹¹³³, admite que a procuração revista outras formas. É normalmente através da intervenção simultânea dos dois cônjuges no acto que o consentimento é prestado¹¹³⁴.

A autorização do cônjuge pode ser revogada enquanto o acto para que foi concedida não estiver começado; caso contrário, se este já se iniciou, o cônjuge só a pode revogar reparando o prejuízo que eventualmente resulte da revogação para o terceiro¹¹³⁵. A lei não refere a forma da revogação, devendo estender-se à revogação as mesmas exigências de forma quanto ao próprio consentimento (arts. 1684.º, n.º 2, do Cód. Civil, e 117.º do Cód. do Notariado)¹¹³⁶.

Importa distinguir a actuação dos cônjuges consoante o acto em causa foi praticado pelos dois ou por um com o consentimento do outro. De facto, se ambos intervêm no acto de disposição, ambos serão responsáveis na relação contratual em causa e face a terceiros. Se actuou um com o consentimento do outro, este não está vinculado, tendo

quaisquer prédios, parte de prédios ou direitos prediais, mesmo quinhões hereditários, que sejam seus bens próprios, designadamente nos concelhos de Vila Nova de Gaia e Gondomar, podendo para o efeito outorgar e assinar os documentos que forem necessários”, preenche o referido requisito da especialidade: foi especificado o tipo de negócio e o objecto do mesmo, devendo, por isso, e tendo presente a distinção entre mandato especial e geral, considerar-se especial o consentimento prestado pelo marido da Ré.

¹¹³² Como referimos, já nas Ordenações o consentimento da mulher para o marido dispor de bens imóveis ou bens de que o casal tivesse o usufruto era exigido, devendo ser prestado expressamente (v., *supra*, p. 63).

¹¹³³ A. Lopes Cardoso, *A Administração dos Bens...*, cit., pp. 259 e 260.

¹¹³⁴ Também o consentimento para a disposição da casa de morada da família, no direito francês (art. 215.º, 3.º, do Cód. Civil francês), pode ser conferido por qualquer forma, desde que certo e expressamente relativo à alienação (A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., p. 38). Tal consentimento não precisa de ser prestado no acto em causa, podendo ocorrer posteriormente por ratificação, nos termos do art. 1427.º do Cód. Civil francês (mesmo autor e obra, pp. 230 e 231). Pode mesmo haver consentimento assente na teoria da aparência, ou seja, pelas circunstâncias do caso criou-se a aparência face a terceiros de que o consentimento existiu (M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, p. 35). No direito italiano, não se refere a forma do consentimento, sendo também normalmente prestado pela presença do cônjuge no acto de alienação (L. Brusuglia, “L’amministrazione dei beni...”, *ob. e loc. cit.*, p. 294).

¹¹³⁵ Esta solução estava expressamente consagrada no art. 1197.º do Cód. de Seabra, relativamente à autorização do marido para os actos praticados pela mulher. V., Pires de Lima/Braga da Cruz, *ob. cit.*, pp. 47 e 48. Apesar de o direito vigente não o prever continua assim a entender-se. V., Eduardo dos Santos, *ob. cit.*, p. 344.

¹¹³⁶ Leite de Campos, *Lições...*, cit., p. 403, e Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 438. Pereira Coelho, *Curso...*, cit., 1986, p. 416, não defendia expressamente tal posição. Com efeito, dizia que não parecia que a revogação fosse formal, pois o código não exigia forma para a revogação da autorização e o carácter excepcional do art. 1684.º, n.º 2, não permitia a sua aplicação analógica. Afirmava, porém, que a solução de estender à revogação a exigência de forma do art. 1684.º, n.º 2, “seria certamente a mais razoável”.

apenas conferido o seu consentimento para conferir validade ao acto¹¹³⁷. Em todo o caso, não parece ser este o resultado se analisarmos o problema do ponto de vista da responsabilidade por dívidas. Na realidade, pode o cônjuge que não está vinculado ao acto e que nele apenas consentiu vir a responder pela dívida em causa se ela for comum (art. 1695.º), e até solidariamente se os cônjuges estiverem casados em regime de comunhão (art. 1695.º, n.º 1).

No caso das ilegitimidades conjugais, o efeito do consentimento é o de validar o acto praticado pelo cônjuge. No caso da contracção de dívidas, dado que qualquer um dos cônjuges as pode contrair legitimamente sem o consentimento do outro, este permite a responsabilização do outro cônjuge e/ou do património comum.

O art. 1684.º, n.º 3, dispõe que o consentimento pode ser judicialmente suprido havendo injusta recusa ou impossibilidade, por qualquer causa de o prestar. Portanto, o suprimento é admitido no caso de impossibilidade e no de injusta recusa, cabendo ao autor¹¹³⁸ não só a prova da recusa ou da impossibilidade, mas também a da vantagem ou

¹¹³⁷ Gardezabal del Río, *ob. e loc. cit.*, p. 168 e pp. 169-171. Refere o autor que quando um dos cônjuges se limita a prestar o seu consentimento, não responsabiliza o seu património, mas apenas os bens comuns e os do cônjuge contratante. Também não estão vinculados os bens próprios do cônjuge não contratante no caso de o seu consentimento ter sido suprido por autorização judicial ou quando a lei permite a administração e disposição singular por um dos cônjuges.

¹¹³⁸ O processo especial de suprimento judicial do consentimento é regulado nos arts. 1425.º e 1426.º do Cód. de Processo Civil.

É também nos casos de impossibilidade ou injusta recusa que o art. 217.º do Cód. Civil francês prevê os casos de suprimento judicial.

O direito italiano prevê o suprimento judicial do consentimento de um dos cônjuges, que injustificadamente o recusou, no caso de acto de administração extraordinária ou de qualquer outro acto em que o consentimento é necessário, no art. 181.º do Cód. Civil italiano. O tribunal apenas suprirá a referida falta quando se tratar de um acto necessário à satisfação do interesse da família ou da empresa familiar, visando evitar-se um prejuízo irreparável ao património comum. Repare-se que é preciso que o acto seja necessário e não meramente útil, como acontece, p. ex., quanto à disposição dos bens do fundo patrimonial (art. 169.º do Cód. Civil italiano). Contra, atendendo ao critério da utilidade, A. Finocchiaro/M. Finocchiaro, *Riforma del diritto...*, cit., p. 542, e Santosuosso, *Commentario del Codice Civile. Delle persone e della famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., pp. 241 e 242 e *Beni ed attività economica...*, cit., p. 135.

O art. 1377.º, 2.º, do Cód. Civil espanhol, prevê também a possibilidade do suprimento judicial do consentimento, necessário para a prática de actos de disposição de bens comuns, quando tal corresponda à satisfação do interesse da família e nos casos em que o cônjuge recusou injustificadamente o seu consentimento ou estiver impedido de o prestar. Há autores que entendem que esta autorização pode ser ulterior à realização do acto (L. Díez-Picazo/A. Gullón, *ob. cit.*, p. 193). Contra, Llopis Giner, *et alii*, *ob. cit.*, p. 102, e Lledó Yagüe, *et alii*, *ob. cit.*, p. 255. Por seu lado, e valendo a regra da administração (tal como a da disposição) conjunta dos bens comuns, o art. 1376.º do Cód. Civil espanhol regula autonomamente a possibilidade de suprimento judicial no caso de recusa do consentimento para a prática de actos de administração que exigem o consentimento de ambos os cônjuges (e que não sejam actos urgentes, pois para estes vale o art. 1386.º do Cód. Civil espanhol). Tal como para os actos de disposição, o tribunal pode suprir a falta de consentimento no caso de recusa injustificada de um dos cônjuges em prestá-lo ou em caso de impedimento. O art. 93.º, 2.º, do *Reglamento Hipotecario*, completa estes arts. 1376.º e 1377.º do Cód. Civil espanhol, ao dispor que para a inscrição dos actos de administração e disposição, a título oneroso, de bens comuns é necessário que os mesmos actos tenham sido realizados conjuntamente pelos cônjuges, ou por um com o consentimento do outro ou com a respectiva autorização judicial. Repare-se que a impossibilidade de prestar o consentimento prevista nos arts. 1376.º e 1377.º do Cód. Civil espanhol pode conduzir também à concessão da administração a um só dos cônjuges, nos termos do art. 1388.º do Cód. Civil espanhol. Assim, pode o cônjuge, face à

necessidade da realização do acto. Parece-nos que, falando a lei em autorização judicial, a mesma deve ser anterior ao acto, ou seja, não se trata da confirmação do acto mas de autorizar a sua prática¹¹³⁹. A ser assim pode surgir o problema da extemporaneidade da autorização judicial face ao acto que se visa realizar. De facto, a recusa injustificada de um cônjuge em prestar o seu consentimento pode provocar danos no património do outro cônjuge, sobretudo se se trata da disposição de bens próprios deste, que podem não ser afastados pelo suprimento judicial. E, mais uma vez, o cônjuge que recusou o consentimento e provocou danos não é, de acordo com as regras do Direito da Família (mas sem prejuízo do recurso às regras gerais da responsabilidade civil), responsabilizado pela omissão. Por isso, melhor seria se o suprimento judicial existisse não só como autorização de um acto (quando prestado antes da prática do mesmo) mas também como confirmação (suprimento judicial da ratificação) do acto já praticado (quando se demonstrasse que era necessário e urgente, sob pena de inutilidade do suprimento). Trata-se de um raciocínio idêntico ao que já defendemos na interpretação do consentimento para efeitos da al. a) do n.º 1 do art. 1691.º, ou seja, deve incluir-se não só o consentimento prévio ao acto mas também a ratificação do mesmo acto. Aliás, não parece que o nosso ordenamento jurídico exclua essa possibilidade, prevendo-a mesmo quanto ao registo provisório por dúvidas, no âmbito do registo predial. De facto, o art. 92.º, n.º 1, al. e), do Cód. de Registo Predial, prevê o registo provisório no caso de disposição de um bem por um dos cônjuges sem o consentimento do outro quando este

impossibilidade do outro, requerer o suprimento judicial para a prática de um acto ou que o tribunal lhe atribua a administração para a prática de actos administrativos (e dispositivos) em geral. V., M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, p. 1762.

O direito alemão, prevê, nos §§ 1426.º e 1452.º do BGB, a possibilidade de o tribunal suprir a falta de consentimento do cônjuge não administrador ou do outro cônjuge, consoante se trate de administração singular ou conjunta dos bens comuns, no caso de recusa injustificada na sua prestação e ainda, no caso de administração singular (§ 1426.º do BGB), se o cônjuge não administrador não o puder prestar por doença ou ausência e a demora na prestação do consentimento acarretar perigo. Prevê ainda o § 1430.º do BGB a possibilidade do suprimento do consentimento do cônjuge administrador, quando este injustificadamente o recuse para a prática de actos relativos a assuntos pessoais do outro cônjuge mas que carecem do consentimento do cônjuge administrador. A possibilidade de suprimento judicial do consentimento decorre também do § 1365.º do BGB em relação ao regime de *Zugewinnngemeinschaft*, quando haja recusa injustificada ou impedimento (por doença ou ausência) em prestar o consentimento e o acto seja necessário para uma regular administração do património em causa, acarretando a demora um perigo para os bens (situação não prevista, por seu lado, no § 1369.º, 2.º, do BGB, onde se regula também o suprimento judicial).

¹¹³⁹ Gabrielli/Cubeddu, *ob. cit.*, pp. 127 e 128, considera, à luz do art. 181.º do Cód. Civil italiano, haver a possibilidade de obter a referida autorização judicial com efeito confirmativo do acto já praticado. Staudinger, *ob. cit.*, §§ 1363.º-1563.º, § 1426 Rdn. 19, p. 504, considera também que o suprimento judicial pode ser não só do consentimento (anterior ao negócio) como da ratificação (ulterior ao negócio). Contra, v., Eduardo Serrano Alonso, *Manual de Derecho de Familia*, Madrid, Edisofer, s.l., 2000, pp. 255 e 256, que afasta a possibilidade de autorização judicial *a posteriori* de acto de disposição realizado por um dos cônjuges sem o consentimento do outro quando o mesmo é necessário.

é necessário. O que significa, portanto, que o registo definitivo dependerá do consentimento ratificativo do negócio pelo cônjuge.

A possibilidade de suprimento judicial não vale quando o cônjuge pode praticar validamente o acto em causa sem necessidade do consentimento do outro cônjuge¹¹⁴⁰. Também não há possibilidade de consentimento judicial para um cônjuge poder praticar actos que não lhe digam respeito, implicando uma intromissão na esfera jurídica do outro cônjuge¹¹⁴¹.

O art. 1687.º, n.º 1, considera anuláveis os actos praticados contra o disposto nos n.ºs 1 e 3 do art. 1682.º, nos arts. 1682.º-A e 1682.º-B e no n.º 3 do art. 1683.º. Serão também anuláveis, de acordo com o art. 1682.º, n.º 2, as alienações de bens móveis comuns feitas pelo cônjuge não administrador¹¹⁴². A anulação pode ser pedida pelo

¹¹⁴⁰ Ainda que fique sujeito à produção de efeitos jurídicos diferentes do que se obtivesse o consentimento. P. ex., ficando apenas um cônjuge vinculado ao cumprimento de uma dívida ou suportando a penalização de ver descontado o valor de uma liberalidade na sua meação, de acordo com o art. 1682.º, n.º 4. V., Antunes Varela, *ob. cit.*, p. 395, nota 2. É também isso que diz A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, p. 68, a propósito do suprimento judicial previsto no art. 217.º do Cód. Civil francês.

¹¹⁴¹ Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 438, referem a hipótese de um dos cônjuges pretender o suprimento do consentimento para alienar um bem do outro, que o dono administra.

¹¹⁴² Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 439.

Também no direito francês, a falta de consentimento implica nulidade relativa do acto praticado (art. 215.º, n.º 3, do Cód. Civil francês), a requerimento do cônjuge que não deu o seu consentimento para a alienação da casa de morada da família, no prazo de um ano a partir do seu conhecimento. Porém, no regime de comunhão, há que articular o referido art. 215.º com os arts. 1422.º a 1425.º do Cód. Civil francês e, em particular, com o art. 1427.º do Cód. Civil francês que fixa um prazo de dois anos. Pode, por isso, o cônjuge lesado beneficiar deste prazo mais alargado (B. Vareille, “Régimes matrimoniaux”, *RTDC*, n.º 4, 2000, pp. 888 e 889). A protecção de terceiros fica limitada às regras gerais.

No direito italiano, a disposição de bens que integram o fundo patrimonial carece, além do acordo dos cônjuges, da autorização judicial no caso de filhos menores (art. 169.º do Cód. Civil italiano). Na falta desta autorização entende-se que a anulação do acto não decorre do art. 184.º do Cód. Civil italiano, mas das regras relativas aos actos praticados por incapazes (arts. 322.º e 377.º do Cód. Civil italiano) ou por violação de disposição legal (B. Grasso, “Il regime in generale e il fondo patrimoniale”, *ob. e loc. cit.*, p. 427). Contra, M. Morelli, *ob. cit.*, p. 158, defendendo a aplicação do art. 184.º do Cód. Civil italiano, e a anulação do acto praticado sem a autorização judicial devida ou o acordo dos cônjuges.

No direito espanhol, e no domínio do regime patrimonial primário, o art. 1322.º do Cód. Civil espanhol e os arts. 1376.º e 1377.º do mesmo código, no regime de comunhão de adquiridos, determinam que sempre que seja necessário o consentimento de ambos os cônjuges para a prática de um acto de administração ou disposição e apenas tenha actuado um dos cônjuges, e sem que o outro tenha expressa ou tacitamente confirmado o acto, o mesmo pode ser anulado a requerimento do cônjuge cujo consentimento faltou. Serão, porém, nulos se se tratar de actos de administração ou disposição a título gratuito realizados sem o consentimento de ambos os cônjuges (art. 1322.º, 2.º, do Cód. Civil espanhol). Deve articular-se os referidos artigos com o art. 1301.º, 6.º, do Cód. Civil espanhol, que determina que o prazo para a acção de anulação corre desde o dia da dissolução da comunhão ou do casamento, salvo se antes tiver existido conhecimento do acto em causa. Problema discutido por Rodrigo Tena Arregui, “La pretendida anulabilidad de los contratos realizados por un cónyuge sin el consentimiento del otro”, *Revista Jurídica del Notariado*, Julho-Setembro, 1999, pp. 294-295, é o das repercussões da referida anulabilidade face ao parceiro contratual, sugerindo a aplicação, nomeadamente, dos mecanismos da responsabilidade pré-contratual e contratual. Defende o autor, e atendendo ao sistema de transmissão da propriedade no direito espanhol (onde o contrato tem efeitos meramente obrigacionais) a validade do contrato afectando apenas a anulabilidade os seus efeitos face ao cônjuge não contraente (pp. 296-302).

cônjuge que não deu o seu consentimento ou seus herdeiros, nos seis meses subsequentes à data em que o requerente teve conhecimento do acto, mas nunca depois de decorridos três anos sobre a sua celebração (art. 1687.º, n.ºs 1 e 2). Repare-se que é absolutamente irregular num sistema que assenta na plena capacidade jurídica dos cônjuges, a possibilidade de um dos cônjuges anular as obrigações contratuais assumidas pelo outro, sem que este ou o terceiro tenham legitimidade para arguir a anulabilidade¹¹⁴³.

A anulabilidade é sanável mediante confirmação (art. 288.º), expressa ou tácita¹¹⁴⁴.

Por seu lado, o direito belga (art. 1422.º do Cód. Civil belga), admitindo também a impugnação do acto praticado sem o consentimento do cônjuge, exige como requisito adicional que o cônjuge demandante justifique um interesse legítimo, um dano ou prejuízo (que pode ser apenas moral) para os interesses da família, e sem prejuízo dos direitos de terceiros de boa fé.

No direito alemão, o § 1366.º do BGB sanciona com a ineficácia (*unwirksam*) a prática por um dos cônjuges de um acto que careça do consentimento do outro, permitindo a ratificação do mesmo por este. Até à ratificação os efeitos do negócio estão suspensos (*schwebend unwirksam*). Havendo ratificação o contrato será retroactivamente válido. No caso de não existir tal ratificação o acto será definitivamente ineficaz (Beitzke/Lüderitz, *ob. cit.*, pp. 129 e 130, e Lüderitz/Dethloff, *ob. cit.*, pp. 109 e 110, e Gernhuber/Coester-Waltjen, *ob. cit.*, § 35, IV, 1, p. 383, e 4, p. 385). Se se trata de negócio jurídico unilateral o acto é ineficaz sem mais (§ 1367.º do BGB). O mesmo decorre, no regime de comunhão, dos §§ 1427.º e 1453.º do BGB. Se o acto for realizado pelo cônjuge não administrador, fora das excepções admitidas pela lei e salvo o caso de mandato do cônjuge administrador, o mesmo será absolutamente ineficaz, apenas responsabilizando a título pessoal o cônjuge não administrador (MünchKomm - *Kanzleiter*, § 1422 Rdn. 19-21, p. 611). Repare-se que, ao contrário dos outros ordenamentos, o terceiro pode revogar o negócio até à ratificação do cônjuge, salvo se no momento da celebração sabia que o cônjuge não tinha prestado o seu consentimento. Se o terceiro sabia que o seu parceiro contratual era casado só pode revogar o contrato se este afirmou falsamente que o seu cônjuge concordou com o negócio. Este regime decorre do que era estipulado para as disposições da mulher sobre os bens adquiridos, que carecia do consentimento do marido, no regime de *Nutzverwaltung*, e do previsto no regime convencional de comunhão quando o marido carecia do consentimento da mulher para a realização de certos negócios sobre os bens comuns (Beitzke, *ob. cit.*, 1947, pp. 73-75 e p. 81).

¹¹⁴³ Neste sentido, e quanto ao direito espanhol que prevê também a anulação dos actos no art. 1377.º do Cód. Civil espanhol, v., o prólogo de José M.ª Miquel Gonzáles ao livro de M.ª Eugenia Rodríguez Martínez, *ob. cit.*, p. 18. Na verdade trata-se de uma anulabilidade que não assenta na falta de capacidade e a legitimidade para a acção de anulação é do cônjuge que não prestou o seu consentimento e que não é parte no contrato, afastando-se da regra geral da anulabilidade dos negócios jurídicos e da vinculação contratual das partes (estendendo a eficácia do contrato a outrem que não é parte no mesmo). Por outro lado, acrescenta a autora, determinando a anulabilidade como sanção para a falta do consentimento do cônjuge, e dado que a transmissão da propriedade no direito espanhol assenta no sistema de título e de modo, e não se tratando de uma disposição *a non domino* (o cônjuge disponente tem alguns poderes sobre os bens comuns em causa), assume-se que o cônjuge disponente tem poderes de disposição quando na realidade não os tem (p. 142). Por isso, considera que a anulabilidade deve atacar não o contrato em si, que não exige poderes dispositivos, mas a tradição da coisa (p. 160). Trata-se, assim, de uma anulabilidade especial traduzida na inoponibilidade do acto de disposição, mantendo a vigência a relação contratual (p. 163).

¹¹⁴⁴ Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 439, apresentam como um caso de confirmação tácita o de uma alienação feita por um dos cônjuges sem autorização do outro, e este último ter recebido o produto da venda. O problema que pode colocar-se é o de saber se esta confirmação está sujeita à forma exigida para o consentimento. Ou seja, se a alienação em causa se referir a bens imóveis será necessário que a confirmação revista a forma da alienação? Foi este, aliás, o problema analisado, ainda à luz do Cód. de Seabra, em relação à autorização do marido para a alienação de um imóvel realizada pela mulher, pelo ac. do STJ, de 24.05.1960 (*RLJ*, ano 94.º, 1961/1962, pp. 168 e segs.). Entendeu o tribunal que a confirmação pelo marido da venda de bens imobiliários efectuada pela mulher, sem autorização daquele, dado não haver qualquer previsão expressa na lei, não tem de ser feita por escrito autêntico ou autenticado, podendo ser feita tacitamente e deduzindo-se do recebimento de parte do produto da venda. Porém, e comentando a referida decisão, Vaz Serra (*RLJ*, ano 94.º, 1961/1962, pp. 170 e segs.), pronunciou-se em sentido contrário, dado que

Paralelamente às normas de protecção do adquirente de boa fé no caso de actos nulos (arts. 1687.º, n.º 4, e 892.º), o n.º 3 do art. 1687.º protege o adquirente de boa fé no caso de actos anuláveis. Essa protecção só valerá, porém, no caso de actos sobre bens móveis não sujeitos a registo, ou seja, bens de mais baixo valor e sujeitos a transacções frequentes. Apesar de haver violação da norma que exige o consentimento de ambos os cônjuges, neste caso, a anulação não produz qualquer efeito¹¹⁴⁵. Sente-se necessidade de

havendo uma disposição especial quanto à forma da autorização do marido, à mesma forma deve estar sujeita a confirmação. A não ser assim, uma autorização tácita do marido no momento da alienação seria nula por falta de forma, mas já seria válida a confirmação, não sujeita a forma, no dia seguinte à realização da alienação.

Também no direito espanhol, sendo necessário o consentimento de ambos os cônjuges para a prática de actos de disposição a título oneroso sobre bens comuns (art. 1377.º do Cód. Civil espanhol), a falta do consentimento implica a anulabilidade do acto, com a possibilidade de confirmação, expressa ou tácita (já que o consentimento pode dar-se depois da realização do acto) (art. 1322.º do Cód. Civil espanhol).

¹¹⁴⁵ Quanto à alienação de bens móveis, para efeitos do art. 215.º, 3.º, do Cód. Civil francês, pode questionar-se se pode o terceiro recorrer ao art. 2279.º do Cód. Civil francês, que protege o adquirente de boa fé. De facto, a doutrina dominante afasta esse artigo dado que, no caso de se tratar de bem próprio do alienante ou de bem comum, ele é proprietário do bem ainda que não tenha o poder de disposição. Por isso, não pode o terceiro recorrer ao art. 2279.º citado dado este proteger um adquirente *a non domino*. V., M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, p. 34. Contra, admitindo a protecção por recurso ao art. 2279.º do Cód. Civil francês, Savatier, *La communauté jugale nouvelle...*, *cit.*, p. 110.

A este propósito é discutido na doutrina italiana, quanto ao art. 184.º, 3.º, do Cód. Civil italiano, e dado que aí não se regula a tutela externa, mas apenas a interna (entre os cônjuges), a questão de saber se, de facto, o acto é válido e eficaz face a terceiros. É que também os bens móveis estão sujeitos à regra do art. 180.º do Cód. Civil italiano e à administração conjunta no caso de actos de administração extraordinária, ainda que a maioria dos actos sobre móveis não sujeitos a registo coincida com actos de administração ordinária. V., para uma análise das sugestões seguidas pela doutrina, A. Galasso, *ob. cit.*, pp. 375-380, admitindo este autor a possibilidade de o cônjuge que não deu o seu consentimento recuperar o bem em causa, por recurso ao art. 1153.º do Cód. Civil italiano, quanto à ineficácia da aquisição *a non domino*, quando o terceiro não esteja de boa fé (conhecia ou desconhecia por negligência grosseira o estado de casado do alienante). No mesmo sentido, Santosuosso, *Commentario del Codice Civile. Delle persone e della famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia*, *cit.*, p. 272, e *Beni ed attività economica...*, *cit.*, p. 155, e Mastropaolo, “Del regime patrimoniale della famiglia”, *ob. e loc. cit.*, sob a direcção de Cian/Oppo/Trabucchi, p. 219. Outros autores consideram que o acto será sempre válido mesmo que o terceiro esteja de má fé, nada podendo fazer o cônjuge que não prestou o seu consentimento [v., p. ex., G. Oppo, “Responsabilità patrimoniale...”, *loc. cit.*, p. 109, A. Finocchiaro/M. Finocchiaro, *Riforma del diritto...*, *cit.*, p. 556, C. M. Bianca, *ob. cit.*, p. 87 (parece ser esta a sua posição quanto aos bens móveis, mas adopta posição diferente quanto aos imóveis – v., C. M. Bianca, “Gli atti di straordinaria amministrazione”, in AAVV, *La comunione legale*, sob a direcção de C. M. Bianca, tomo I, Milano, Giuffrè Editore, 1989, p. 624)], além de não ser de invocar o art. 1153.º do Cód. Civil italiano por não se tratar de uma aquisição *a non domino*, dado o cônjuge alienante também ser proprietário do bem comum (Bruno de Filippis, *ob. cit.*, p. 279). A. Natucci, *loc. cit.*, p. 119, partilhando desta última posição, afirma que o art. 184.º do Cód. Civil italiano derroga a solução do art. 1153.º do Cód. Civil italiano, determinando a validade do negócio independentemente da boa fé do terceiro. A mesma discussão é colocada quanto à anulação do acto, nos termos do art. 184.º, 1.º e 2.º, do Cód. Civil italiano, ou seja, enquanto uns autores consideram que o terceiro deve estar de má fé para haver anulação do negócio (Santosuosso, *Commentario del Codice Civile. Delle persone e della famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia*, *cit.*, p. 267, e *Beni ed attività economica...*, *cit.*, p. 158), outros consideram tal irrelevante (L. Ricca, *ob. e loc. cit.*, p. 474, A. Finocchiaro/M. Finocchiaro, *Riforma del diritto...*, *cit.*, p. 551, A. Giusti, *L'amministrazione dei beni della comunione legale*, Milano, Giuffrè Editore, 1989, p. 224, e L. Barbiera, *ob. e loc. cit.*, p. 547).

O terceiro pode requerer uma indemnização nos termos do art. 1398.º do Cód. Civil italiano, ou seja, terá direito a ver ressarcidos os danos causados por ter confiado sem culpa na validade e eficácia do negócio celebrado pelo cônjuge alienante (Schlesinger, *ob. e loc. cit.*, sob a direcção de Carraro/Oppo/Trabucchi, p. 425, e Mastropaolo, “Del regime patrimoniale della famiglia...”, *ob. e loc. cit.*, sob a direcção de Cian/Oppo/Trabucchi, p. 218).

tutelar a confiança dos adquirentes que podem justificadamente presumir que o acto foi consentido por ambos os cônjuges ou que até ignoram o casamento. Por outro lado, esta confiança facilita as transacções vulgares que cada cônjuge tem conveniência em praticar¹¹⁴⁶.

São também estas as razões que levam à adopção de um regime semelhante no direito italiano¹¹⁴⁷. De facto, o art. 184.º do Cód. Civil italiano dispõe que os actos praticados por um dos cônjuges quando é necessário o consentimento do outro (actos de administração extraordinária ou de constituição de direitos pessoais de gozo sobre os bens comuns) são anuláveis a requerimento deste, no prazo de um ano, tratando-se de bens imóveis ou de móveis sujeitos a registo (podendo, contudo, confirmar o acto do seu cônjuge, convalidando-o)¹¹⁴⁸. Tratando-se de bens móveis não sujeitos a registo, o

¹¹⁴⁶ Pode perguntar-se se, no caso de anulação dos actos de disposição relativos a bens imóveis ou móveis sujeitos a registo, não poderá haver uma qualquer protecção a terceiros, ou seja, se não será de responsabilizar o cônjuge alienante nos termos gerais da responsabilidade. Pode entender-se que haverá responsabilidade pré-contratual, assente na violação do dever de boa fé (art. 227.º). Além disso, nada parece impedir uma protecção, face à invalidade, resultante da regra geral do art. 291.º.

A jurisprudência italiana, atendendo ao art. 184.º do Cód. Civil italiano, que prevê uma solução semelhante à nossa, admitiu tal responsabilidade no caso de contrato-promessa de compra e venda (sendo certo que se admite no direito italiano a necessidade do consentimento de ambos os cônjuges para este tipo de contratos preliminares). Admite-se também na doutrina italiana a possibilidade do terceiro não realizar o pagamento, não cumprindo o contrato, nomeadamente, invocando a excepção de não cumprimento (enquanto o vendedor não lhe fornecer a prova da titularidade do bem - Segni, “Gli atti di straordinaria amministrazione del singolo coniuge sui beni immobili della comunione”, *Rivista di Diritto Civile*, ano XXVI, I, 1980, p. 640). V., Franco Anelli, *ob. e loc. cit.*, pp. 271 e 272.

Antunes Varela, *ob. cit.*, p. 396, exprime algumas dúvidas quanto a este regime, que sacrifica os interesses do cônjuge do alienante em favor dos interesses do adquirente, sobretudo quando estão em causa bens móveis utilizados conjuntamente por ambos os cônjuges na vida do lar ou como instrumento comum de trabalho.

¹¹⁴⁷ V., De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia...*, *cit.*, pp. 597-599.

¹¹⁴⁸ A sanção da anulabilidade afasta-se da regra geral da total ineficácia dos negócios *a non domino* ou dos realizados pelo falso procurador, gerando alguma discussão na doutrina. V., De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia...*, *cit.*, pp. 576-591, e *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato...*, *cit.*, pp. 665-678, que afasta as críticas ao art. 184.º do Cód. Civil italiano, nomeadamente, por não se tratar de uma aquisição *a non domino*, mas de aquisição *a domino* mas sem legitimidade por carecer do consentimento do outro cônjuge. Alguma doutrina e jurisprudência consideram que apenas serão anuláveis os actos de administração extraordinária sobre bens imóveis ou móveis sujeitos a registo praticados por apenas um dos cônjuges quando o titular do bem é o cônjuge disponente. Se o bem é titulado pelos dois cônjuges ou pelo cônjuge não disponente a sanção continuará a ser a da ineficácia do acto, como venda de coisa alheia (arts. 1478.º e 1479.º do Cód. Civil italiano) (Corsi, *ob. cit.*, p. 146). Contra, Segni, *loc. cit.*, p. 626, A. Natucci, *loc. cit.*, p. 118, C. M. Bianca, *Diritto civile...*, *cit.*, p. 87, nota 97, para quem o art. 184.º do Cód. Civil italiano deroga, quanto aos bens imóveis e móveis sujeitos a registo, a disposição do art. 1478.º do Cód. Civil italiano quanto à venda de coisa alheia. Outros autores consideram que o art. 184.º do Cód. Civil italiano só será de aplicar quando o cônjuge actuou em nome próprio, ou seja, tendo actuado em nome da comunhão o acto será ineficaz porque realizado por um falso procurador (Cian/Villani, *loc. cit.*, pp. 361 e 362). V., para uma análise geral, Jannelli, *ob. e loc. cit.*, p. 591 e pp. 593-596.

A solução do art. 184.º do Cód. Civil italiano levanta algumas questões quanto à solução da anulabilidade e o seu prazo de arguição pelo cônjuge não alienante. De facto, pode um cônjuge alienar um bem imóvel comum sem o consentimento do outro cônjuge, devendo este diligenciar (controlando, nomeadamente, o registo predial (!)) para a anulação do acto no prazo fixado no art. 184.º do Cód. Civil italiano. Além disso, permite-se, ainda que com a sanção da anulabilidade, que um cônjuge, que não pode dispor da sua “quota” na comunhão, disponha da totalidade do bem comum sem o consentimento do outro cônjuge. Se este não requerer a

cônjuge que actuou deve restituir a comunhão tal como ela estava antes da prática do acto em causa ou, quando tal não seja possível (ou seja excessivamente oneroso)¹¹⁴⁹, o correspondente valor à data da restituição. Não havendo, neste último caso, anulação do acto (sendo o acto válido e eficaz), para protecção de terceiros (de boa ou de má fé)¹¹⁵⁰, a lei italiana não deixa de atender aos interesses da comunhão, ao exigir esta responsabilização do cônjuge alienante, o que não acontece, todavia, no nosso ordenamento jurídico. Não pode, porém esquecer-se que, e nos termos do art. 192.º do Cód. Civil italiano, se o acto de administração extraordinária visou a satisfação de um interesse da família ou foi realizado em proveito da comunhão, não haverá reembolso ao património comum pelas dívidas dele decorrentes. Por isso, entende-se que o mesmo deve aplicar-se para efeitos do art. 184.º do Cód. Civil italiano, ou seja, não haverá a responsabilização do cônjuge que praticou o acto nessas condições¹¹⁵¹. Há, contudo, uma lacuna neste art. 184.º do Cód. Civil italiano, que não prevê os actos de administração que não se traduzam em acto de disposição de bens. Estas situações deverão integrar o § 3.º do art. 184.º do Cód. Civil italiano, dado o disposto no art. 813.º do mesmo código (que aplica as disposições dos bens móveis a todos os outros direitos), ou seja, haverá responsabilização do cônjuge que dispôs do bem¹¹⁵².

anulação no prazo fixado o terceiro adquire um bem comum de um só dos cônjuges que, assim, dispôs de um bem que integra a comunhão. E tudo isto sem esquecer a possibilidade de protecção do terceiro de boa fé pelas regras gerais. V., sobre estas questões, Carlo Argiroffi, “Sull’annullabilità degli atti compiuti da un coniuge senza il necessario consenso dell’altro (art. 184.º C.C.)”, *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, ano VI, 1977, pp. 828-835 (o qual defende que o art. 184.º do Cód. Civil italiano não inclui actos de disposição de bens, sendo a estes de aplicar as regras da compropriedade, nomeadamente, a da ineficácia dos actos praticados por apenas um dos comproprietários (art. 1108.º, 3.º, do Cód. Civil italiano) - pp. 840-843), e Raffaele Caravaglios, *ob. cit.*, pp. 734-759.

¹¹⁴⁹ A letra da lei refere apenas o caso da impossibilidade. Mas tratando-se de restituição em espécie é adequado recorrer também ao critério da excessiva onerosidade (art. 2058.º do Cód. Civil italiano). V., C. M. Bianca, *Diritto civile...*, *cit.*, p. 88.

¹¹⁵⁰ L. Brusuglia, “L’amministrazione dei beni...”, *ob. e loc. cit.*, p. 312.

O facto de o negócio ser válido, não leva a que, para efeitos de responsabilidade pela dívida eventualmente contraída, a comunhão responda pela mesma. De facto, o terceiro apenas poderá executar o património comum subsidiariamente, nos termos do art. 189.º do Cód. Civil italiano, uma vez que o acto subjacente não deixa de ser de administração extraordinária (De Paola/Macri, *ob. cit.*, p. 190).

Há quem entenda que a possibilidade de, em vez da anulação, exigir a responsabilidade do cônjuge alienante é de carácter geral, ou seja, mesmo no caso de bens imóveis e móveis sujeitos a registo pode o cônjuge não alienante intentar uma acção de responsabilidade contra o seu cônjuge quando tiver passado o prazo para a acção de anulação do acto (Santosuosso, *Commentario del Codice Civile. Delle persone e della famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia*, *cit.*, p. 266, e *Beni ed attività economica...*, *cit.*, p. 152, e Gabrielli/Cubeddu, *ob. cit.*, p. 136).

¹¹⁵¹ Santosuosso, *Commentario del Codice Civile. Delle persone e della famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia*, *cit.*, p. 273, e *Beni ed attività economica...*, *cit.*, p. 156.

¹¹⁵² Schlesinger, *ob. e loc. cit.*, sob a direcção de Carraro/Oppo/Trabucchi, p. 423, e Gabrielli/Cubeddu, *ob. cit.*, p. 134.

Por seu lado, o direito francês estabelece no art. 222.º do Cód. Civil francês uma presunção para protecção de terceiros que contratam com apenas um dos cônjuges (não valendo a presunção nas relações entre os cônjuges)¹¹⁵³. De facto, presume-se que o cônjuge que pratica um acto de administração, de gozo ou de disposição sobre um bem móvel que detém a título pessoal (com excepção dos móveis que integram o recheio da casa de morada da família, nos termos do art. 215.º do Cód. Civil francês, ou dos móveis previstos no art. 1404.º do Cód. Civil francês, cuja propriedade se presume do outro cônjuge ou ainda dos móveis sujeitos a matrícula, nos termos do art. 1424.º do Cód. Civil francês, como os navios e aeronaves (os automóveis não integram a excepção)¹¹⁵⁴) tem poderes para a sua prática, face a terceiros de boa fé¹¹⁵⁵. Por isso, a solução acaba por coincidir com a nossa, ou seja, estando o terceiro de boa fé o acto em causa é inatacável¹¹⁵⁶.

O art. 1320.º do Cód. Civil espanhol salvaguarda mesmo a posição do adquirente de boa fé quanto aos actos sobre a casa de morada da família. De facto, aí se dispõe que a manifestação errónea ou falsa do disponente sobre o carácter da casa de morada da família não prejudica o adquirente de boa fé. Esta boa fé deve traduzir-se numa errónea representação da realidade produzida sem negligência, ou seja, não conhecia nem tinha que conhecer a qualidade de casa de morada da família ou de recheio do lar dos objectos de disposição (sem que, contudo, se obrigue sempre o terceiro a uma pesquisa sobre se a casa é ou não a de morada da família)¹¹⁵⁷. Haverá, assim, boa fé salvo se se provar que o

¹¹⁵³ Contra, Rémy Cabrillac, *ob. cit.*, p. 67, para quem a presunção vale também entre os cônjuges.

¹¹⁵⁴ Contra, Aubry/Rau, *ob. cit.*, p. 88, Marty/Raynaud, *ob. cit.*, p. 60, que incluem os navios, aeronaves e automóveis na presunção do art. 222.º do Cód. Civil francês.

¹¹⁵⁵ A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, pp.125-132. De referir que tem sido defendido, em ligação também com o art. 221.º do Cód. Civil francês, que a referência a bens móveis abrange os valores mobiliários (mesmo autor e obra, p. 129). M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, p. 43, chama a atenção para a distinção entre valores mobiliários susceptíveis de detenção (aos quais se aplica a presunção) e insusceptíveis de detenção (que escapam à presunção). Também defendem esta posição, Anne-Marie Frenisy, “La preuve de la propriété et des pouvoirs dans les régimes matrimoniaux depuis la loi du 13 juillet 1965”, *RTDC*, ano 68.º, 1970, p. 97, e Marty/Raynaud, *ob. cit.*, p. 61. Ainda que discutível, a maioria da doutrina francesa considera que o art. 222.º do Cód. Civil francês é também aplicável às disposições a título gratuito (v., p. ex., Aubry/Rau, *ob. cit.*, p. 91).

¹¹⁵⁶ Era precisamente isso que, ainda que à luz da anterior redacção do Cód. Civil francês, Philippe Simler, “Le conflit des présomptions en régime de communauté (Contribution à l’étude du rôle de la présomption de communauté après la loi du 13 juillet 1965)”, *RTDC*, ano 68.º, 1970, p. 491, defendia ao dizer que face a terceiros a presunção do art. 220.º do Cód. Civil francês era “irréfragable”.

¹¹⁵⁷ Repare-se que há uma protecção do terceiro em relação aos actos de disposição de móveis bem como de imóveis. De facto, esta protecção, característica dos bens móveis, estende-se aqui aos imóveis, independentemente das regras do registo (Giménez Duart, “La organización económica...”, *loc. cit.*, p. 92). Como refere Antonio Gordillo, “La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de Familia”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXV, n.º 2, 1982, p. 1135, o art. 1320.º do Cód. Civil espanhol traduz a protecção da aparência criada a terceiro de boa fé, validando negócios celebrados pelo titular do bem sujeito a limitações de disposição.

terceiro conhecia a situação real. Nos casos em que haja boa fé e, por isso, protecção do terceiro mediante a validade do acto, pode o cônjuge não titular requerer o ressarcimento dos danos que ilicitamente lhe foram causados¹¹⁵⁸. A lei não fala dos bens móveis que integrem o recheio da casa, provavelmente porque em relação a estes os terceiros estão protegidos pela regra geral do art. 464.º do Cód. Civil espanhol¹¹⁵⁹.

Pelo contrário, o direito alemão, nos §§ 1368.º, 1428.º e 1455.º, 8.º, do BGB, dispõe que quando um cônjuge actuou sem o consentimento do outro, sendo este necessário, e sem a sua ratificação, pode este último invocar a ineficácia do acto de disposição, com todas as consequências legais contra o terceiro (*Revokationsrecht*). E não releva que este terceiro tenha adquirido de boa ou de má fé¹¹⁶⁰.

O art. 1687.º apresenta uma regulamentação mais uniforme em comparação com o disposto no art. 1191.º, §§ 2.º e 3.º, por um lado, e nos arts. 1200.º e 1201.º do Cód. Civil de 1867, por outro, que dispunham regimes diferentes para a falta de legitimidade, consoante a alienação procedesse de acto praticado pelo marido ou pela mulher¹¹⁶¹.

Importa ainda referir a redacção pouco clara do n.º 4 do art. 1687.º. De facto, refere a norma as alienações feitas “sem legitimidade” por um dos cônjuges. Ora, todas as hipóteses previstas no art. 1687.º pressupõem um acto realizado por um dos cônjuges sem legitimidade e são sancionáveis com a anulabilidade. Quais os actos considerados

A lei fala, tal como a alemã, de terceiro de boa fé para se referir ao adquirente. Ora, a referência a *terceiro* reporta-se ao facto de ele desconhecer uma realidade que para ele é oculta (Antonio Gordillo, *loc. cit.*, p. 1135).

¹¹⁵⁸ M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, p. 1507, e Lledó Yagüe, *et alii*, *ob. cit.*, p. 154.

Por outro lado, se o negócio de disposição for anulado, o terceiro pode ver ressarcidos os danos causados pelos efeitos da anulação, invocando os princípios da responsabilidade pré-contratual, assente na culpa na contratação e a boa fé do terceiro comprador. Beneficia, assim, o comprador neste caso de uma protecção menor que a do comprador de coisa alheia, que pode reclamar a responsabilidade do vendedor independentemente da sua culpa (M.ª Eugenia Rodríguez Martínez, *ob. cit.*, pp. 285-288). Mas isto independentemente da restituição provocada pela acção de anulação (a autora refere-se à responsabilidade por vícios redibitórios, a que correspondem os arts. 905.º e segs. do nosso Cód. Civil, reguladores da possibilidade de anulabilidade de tais contratos por erro ou dolo).

¹¹⁵⁹ Antonio Gordillo, *loc. cit.*, p. 1133, e M.ª Dolores Díaz-Ambrona Bardají/Francisco Hernández Gil, *ob. cit.*, p. 257.

¹¹⁶⁰ A protecção do interesse da família acaba por afectar a protecção do tráfico jurídico, dado que, ao contrário do disposto nos §§ 932.º e segs. do BGB (relativos à protecção do terceiro que adquire do não proprietário), a lei não tutela, no caso da falta do consentimento do cônjuge para um acto de disposição, e quando ele é necessário, qualquer aparência jurídica de propriedade (Schröder/Bergschneider, *ob. cit.*, Rdn. 4.104, p. 159, e Gernhuber/Coester-Waltjen, *ob. cit.*, § 35, I, 8, p. 370). O que não afasta a possibilidade de o terceiro poder intentar uma acção de responsabilidade ou por violação culposa do devedor do dever de informação (*culpa in contrahendo*). Além disso, no caso de actuação sem o necessário consentimento, há o dever de restituição naquilo que o património comum se enriqueceu, de acordo com os princípios do enriquecimento sem causa (§§ 1434.º e 1457.º do BGB). V., MünchKomm - Gernhuber, § 1366 Rdn. 40 e 41, p. 386, e *Kanzleiter*, § 1427 Rdn. 4 e 5, p. 622.

¹¹⁶¹ De referir ainda que os §§ 2.º e 3.º do art. 1911.º do Cód. de Seabra regulavam apenas os casos de alienação de bens imobiliários, próprios ou comuns, realizados pelo marido, sem fazer qualquer referência à hipótese da alienação pelo marido, sem a necessária legitimação, dos bens imobiliários da mulher (Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil...*, *cit.*, vol. IV, p. 317).

nulos nos termos do n.º 4? Entende-se que são os actos mais graves, ou seja, os casos em que um dos cônjuges aliena ou onera bens próprios do outro cônjuge quando, além de não ser o dono, não tem poderes administrativos sobre o bem (caso detenha poderes administrativos, mesmo tratando-se de bem próprio do outro, a sanção é a anulabilidade – art. 1687.º, n.º 1)¹¹⁶². Traduz a solução já aplicada no Cód. de Seabra em relação à alienação de bens próprios da mulher, cuja solução não estava expressamente prevista no art. 1191.º, aplicando-se a regra geral da alienação de coisa alheia, ou seja, o contrato de alienação era nulo e o marido respondia por perdas e danos, tendo procedido com dolo ou má fé (art. 1555.º).

Por outro lado, o n.º 4 refere apenas os actos de alienação e oneração, enquanto que o n.º 1 do mesmo art. 1687.º abrange os outros actos ilegítimos como o arrendamento e a constituição de outros direitos pessoais de gozo. Não é, assim, claro se a restrição do n.º 4 é intencional ou se, tendo sido mero lapso, se deve alargar o texto por via de uma interpretação extensiva¹¹⁶³.

Uma última referência aos poderes de disposição *mortis causa* dos cônjuges. Com efeito, o que acabamos de analisar reporta-se aos poderes de disposição *inter vivos*. Assim, dispõe o art. 1685.º que cada um dos cônjuges pode dispor, para depois da morte, dos seus bens próprios e da sua meação nos bens comuns, não valendo o regime das ilegitimidades conjugais. Trata-se de disposições que, ainda que feitas em vida dos cônjuges, só produzem efeitos depois da morte do disponente. Ora, com a morte dissolve-se o casamento, pelo que não se justificam as restrições analisadas aos poderes de cada cônjuge proprietário, efectuadas para salvaguarda da posição económica do outro cônjuge e da vida conjugal¹¹⁶⁴.

A liberdade concedida pelo art. 1685.º só tem como limite o de que cada cônjuge só pode dispor do que é seu (os seus bens próprios e a sua meação no património comum). O problema é que o cônjuge, antes da partilha, não sabe quais os bens concretos que lhe pertencerão a título de meação no património comum, pelo que uma disposição de um

¹¹⁶² Também no direito francês o acto praticado por um dos cônjuges sobre os bens próprios do outro, salvo se investido em mandato deste, é nulo, sendo o cônjuge responsável pelas consequências da sua ingerência (art. 1432.º, 3.º, do Cód. Civil francês). E o mesmo decorre do direito alemão, sendo de aplicar as regras gerais dos §§ 932.º a 934.º do BGB (Beitzke/Lüderitz, *ob. cit.*, p. 125).

¹¹⁶³ Como defende Leonor Beza, “Os efeitos do casamento”, *ob. e loc. cit.*, p. 132.

¹¹⁶⁴ Segundo Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 442, “a afirmação não é inteiramente verdadeira; a disposição *mortis causa* da casa de morada da família poderia deixar o cônjuge sobrevivente em condições difíceis, e a lei protege-o com o regime das chamadas “atribuições preferenciais” (arts. 2103.º-A e segs.)”.

bem concreto que integre o património comum, pode levantar dificuldades¹¹⁶⁵. Com efeito, poderia considerar-se tal disposição como nula, por se tratar de disposição de coisa que não pertencia ao património do disponente (mas ao património comum como património de mão comum que é). Poderia também considerar-se a disposição como anulável, atendendo à posição que o cônjuge tem face ao património comum, não considerando propriamente uma disposição de bens alheios. Neste caso, a invalidade estaria sujeita a confirmação (art. 288.º). Em qualquer dos dois casos poderia sempre haver uma convalidação ulterior da disposição, se a partilha atribuísse a propriedade exclusiva do bem ao disponente.

Ora, o Cód. Civil de 1966 resolveu proteger mais o beneficiário da liberalidade, sem afastar a proibição de dispor de bens certos integrados no património comum, divergindo da solução apresentada no código anterior¹¹⁶⁶. Assim, a disposição de coisa certa e determinada do património comum é válida mas converte-se, por lei, em disposição do respectivo valor em dinheiro (art. 1685.º, n.º 2). A disposição “é sempre válida quanto ao valor e sempre nula, em princípio, quanto à substância, de tal modo que o contemplado pode sempre exigir o respectivo valor em dinheiro, mas não pode, em princípio, exigir a própria coisa”¹¹⁶⁷. A coisa em espécie só pode ser exigida nos termos do n.º 3 do art. 1685.º, ou seja, se a coisa, por qualquer título, se tiver tornado propriedade exclusiva do disponente à data da sua morte (al. a))¹¹⁶⁸, se a disposição tiver sido previamente autorizada pelo outro cônjuge por forma autêntica ou no próprio

¹¹⁶⁵ Seguimos aqui a exposição de Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 443.

¹¹⁶⁶ Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil...*, *cit.*, vol. IV, pp. 312 e 313. O art. 1766.º do Cód. de Seabra (referindo-se apenas ao regime de comunhão, mas aplicável aos regimes em que existissem bens comuns) considerava, em princípio, nulas as disposições de coisa certa e determinada, pertencente ao património comum, feitas por qualquer dos cônjuges. Não se dizia se a nulidade se limitava apenas à substância da coisa ou se atingia também o seu valor (por não se admitir a conversão da disposição nula). V., Braga da Cruz, “Capacidade patrimonial...”, *loc. cit.*, pp. 376-380.

¹¹⁶⁷ Braga da Cruz, “Capacidade patrimonial...”, *loc. cit.*, p. 377.

Como referem Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 443, esta solução é diferente da que é dada no direito vigente ao caso parecido em que o testador deixa um legado de coisa que só lhe pertence em parte. Com efeito, e de acordo com o art. 2252.º, o legado só vale quanto à parte que pertence ao disponente. Repare-se também na diversidade de regimes previstos no art. 1682.º, n.º 4, e 1685.º, n.ºs 2 e 3, ambos relativos a disposições a título gratuito (Pamplona Corte-Real, *ob. cit.*, p. 40, nota 51).

¹¹⁶⁸ Neste caso não há necessidade de um regime especial dado que, no momento em que a disposição vai produzir efeitos, o cônjuge está a dispor do que é seu. O momento para aferir se o bem pertence exclusivamente ao disponente é o da sua morte e não o momento em que os herdeiros fazem a partilha. De facto, não quis o legislador que a validade da disposição em substância ficasse na mão dos intervenientes na partilha e, portanto, sujeita ao arbítrio de outrem (como parece acontecer no ordenamento jurídico francês, no art. 1423.º do Cód. Civil francês), contra o princípio do carácter pessoal do testamento (art. 2182.º). V., Braga da Cruz, “Capacidade patrimonial...”, *loc. cit.*, pp. 378 e 379, e Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil...*, *cit.*, vol. IV, p. 314.

testamento (al. b))¹¹⁶⁹, se a disposição tiver sido feita por um dos cônjuges em benefício do outro (al. c)), caso em que também não se justifica uma protecção de um cônjuge contra o outro.

O art. 1423.º do Cód. Civil francês tem norma idêntica, ao dispor que o cônjuge só pode dispor por morte dos bens comuns que lhe forem atribuídos, ou seja, o legatário só poderá exigir os bens que, por efeito da partilha, correspondem ao testador. Caso contrário, o legatário terá direito ao seu valor total¹¹⁷⁰.

Também os arts. 1379.º e 1380.º do Cód. Civil espanhol regulam nos mesmos moldes a disposição *mortis causa* dos bens comuns. Determina o art. 1379.º do Cód. Civil espanhol que cada um dos cônjuges pode dispor por testamento da sua meação nos bens comuns, não referindo a disposição de bens concretos. Esta é regulada no art. 1380.º do Cód. Civil espanhol no sentido de que a disposição só será eficaz se o bem integrar, após divisão dos bens comuns, a herança do disponente. Caso contrário, o legado será não em substância mas pelo respectivo valor do bem em dinheiro à data do falecimento do testador (aplicando-se o mesmo critério do legado de coisa alheia – art. 861.º do Cód. Civil espanhol).

¹¹⁶⁹ As limitações à disposição de bens certos e determinados visam proteger o património comum e as expectativas que os seus titulares tenham sobre ele e, assim, deixa de ser necessária tal protecção se ambos os titulares estão de acordo quanto à liberalidade. Tal autorização tem de ser prévia ou contemporânea (no próprio testamento), pelas mesmas razões que, no caso da al. a), o momento de aferição da propriedade é o da morte e não o da partilha.

Como referem Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 444, a possibilidade de um cônjuge dar o seu consentimento para que o outro disponha de certo bem do património comum, com o relevo de o cumprimento poder ser reclamado em espécie, demonstra que a lei admite um acordo, durante o casamento, sobre um certo aspecto da partilha do património comum. É este mais um argumento, que partilhamos, quanto à validade do contrato-promessa de partilha [validade que, aliás, tem sido defendida pela jurisprudência – v., p. ex., os ac. do STJ, de 23.03.1999 (*BMJ*, n.º 485.º, 1999, p. 423); de 09.12.1999 (*Col. Jurisp. (STJ)*, tomo III, 1999, p. 132, e *BMJ*, n.º 492.º, 2000, p. 445); e de 13.03.2002 (*Col. Jurisp. (STJ)*, tomo I, 2001, p. 161); e da RP, de 29.11.1999 (*BMJ*, n.º 491.º, 1999, p. 328, ressaltando a necessidade de respeitar a norma do art. 1730.º). Contra, v., p. ex., o ac. da RL, de 04.02.1999 (*BMJ*, n.º 484.º, 1999, p. 434), que considerou nulo o contrato-promessa de partilha de bens comuns, por poder afectar o princípio da igualdade, pela mesma razão que é nula a efectiva partilha dos bens comuns no decurso do casamento]. Sobre a validade do contrato-promessa de partilha dos bens do casal, v. também, M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, “Contrato-promessa de partilha dos bens do casal celebrado na pendência da acção de divórcio (comentário ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de Maio de 1993)”, Separata da *RDES*, ano XXXVI, n.ºs 1-2-3, Janeiro-Setembro, 1994, pp. 137-172.

¹¹⁷⁰ V., A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, pp. 218-220.

Gernhuber/Coester-Waltjen, *ob. cit.*, § 35, I, 5, pp. 368 e 369, ao referir as limitações à liberdade de disposição (§§ 1365.º e 1369.º do BGB), afirmam também que só estão abrangidos os negócios realizados no decurso da vida, nada afectando à liberdade de testar.

3. A legitimidade de ambos os cônjuges para a contracção de dívidas e da (des)articulação do regime de administração/disposição dos bens do casal com o regime da responsabilidade por dívidas

É evidente que não há uma correspondência exacta entre o activo e o passivo da comunhão, dado que os critérios que presidem à entrada dos bens na comunhão e os da comunicabilidade pelas dívidas são diferentes. O que até se justifica dado que, relativamente aos bens, estão em causa apenas as relações entre os cônjuges, ao passo que em relação ao passivo afectam-se interesses de terceiros credores. Mas isso não significa uma desarticulação entre as regras de administração e disposição dos bens e as de regulação do passivo.

No Cód. de Seabra, sendo o marido o único administrador dos bens, comuns e próprios dos cônjuges, apenas ele tinha legitimidade (e até capacidade) para contrair dívidas. Por elas respondiam, como vimos, os bens comuns e os bens próprios dos cônjuges (§ 1113.º do Cód. de Seabra). Em certos casos carecia, como vimos, o marido do consentimento da mulher para certos actos de disposição (arts. 1191.º, 1119.º, 1120.º e 2024.º, 1114.º, 1118.º, e 1151.º do Cód. de Seabra). Podia acontecer que o marido onerasse os bens comuns e até subsidiariamente os bens próprios de ambos os cônjuges, com a contracção de dívidas, para as quais tinha plena legitimidade ainda que não pudesse dispor por si só dos mesmos bens. Porém, e como referimos, o art. 1119.º, que deveria aplicar-se a todos os regimes de bens, referia não só a proibição de o marido alienar os bens imobiliários, mas também a de os obrigar, abrangendo aqui a contracção de dívidas pelas quais respondessem tais bens. Por outro lado, atendendo ao art. 1114.º, o marido não podia contrair dívidas que responsabilizassem os bens imobiliários comuns e os próprios da mulher. Assim, só em relação aos bens de que o marido tinha a livre administração e disposição podia obrigá-los por dívidas. Em relação, porém, aos bens de que não tinha a administração e disposição, por estas caberem à mulher (terça parte dos rendimentos dos seus bens próprios, a título de “alfinetes” e, no regime de separação, os seus bens mobiliários e uma terça parte dos seus rendimentos – arts. 1104.º e 1128.º do Cód. de Seabra), também parece que só a mulher os poderia responsabilizar por dívidas (não, podendo, portanto, o marido onerar esses bens com dívidas).

A mulher, por seu lado, dada a sua situação de incapacidade que resultava, entre outros, dos arts. 1116.º, no regime da comunhão geral, e 1193.º, integrado nas

disposições gerais, não tinha, em princípio, quaisquer poderes de administração ou disposição ou capacidade para contrair dívidas. Carecia sempre do consentimento do marido para contrair dívidas. Aquela incapacidade da mulher não tinha, todavia, valor absoluto. Em primeiro lugar, os arts. 1116.º e 1189.º do Cód. de Seabra permitiam que a mulher pudesse contrair dívidas estando o marido ausente ou impedido e não se podendo esperar pelo seu regresso, ou pela cessação do seu impedimento, casos em que competia à mulher a administração do casal. Em segundo lugar, mesmo não estando o marido ausente nem impedido, o art. 39.º do Dec. n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910, atribuiu à mulher, sem necessidade de prévia autorização marital, o governo doméstico. Tal significava uma comparticipação da mulher na administração do casal e até uma preponderância na esfera da administração das despesas do lar. Era entendimento generalizado que a mulher possuía um mandato tácito do marido para fazer as compras e outras despesas necessárias ao governo doméstico. Além disso, podia também o marido conferir-lhe, nos termos do art. 1117.º, um mandato para administrar os bens do casal. Em terceiro lugar, era preciso exceptuar a mulher que exercia uma profissão (autorizada pelo marido) e que podia contrair dívidas a essa actividade necessárias, dado que também nesse exercício a mulher detinha poderes de administração. A mulher tinha também a administração da terça parte dos seus rendimentos e dos seus mobiliários (art. 1128.º) e podia contrair validamente obrigações relativas a esses bens, sem autorização marital¹¹⁷¹. E repare-se que, nestes casos, as dívidas contraídas pela mulher eram, como já vimos, comuns, respondendo os bens comuns e subsidiariamente os bens próprios dos cônjuges. Portanto, tal como o marido, a mulher quando administradora podia contrair dívidas que responsabilizavam o património comum e subsidiariamente os bens próprios dos cônjuges.

No Cód. Civil de 1966 manteve-se a regra da supremacia marital, sendo o marido o único administrador dos bens comuns e dos próprios de cada cônjuge, salvo no regime de separação de bens, onde a mulher podia administrar e dispor dos seus bens. Permitiu-se, porém, no regime de comunhão de adquiridos, que a mulher pudesse reservar na convenção antenupcial a administração dos seus bens próprios e dos comuns por ela levados para o casal ou adquiridos a título gratuito depois do casamento. As situações em que excepcionalmente a mulher podia administrar constavam do então art. 1678.º, e do art. 1677.º quanto ao governo doméstico, como analisámos.

¹¹⁷¹ Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, cit., vol. VI, p. 508.

Atendendo a tal regime, defendia-se a interpretação restritiva do art. 1690.º na redacção de 1966. De facto, não tendo, por regra, a mulher a administração dos bens do casal, nem o poder de disposição dos mesmos daquela decorrentes, não faria sentido admitir em termos latos a sua legitimidade para contrair dívidas. Se não pode administrar e dispor também não pode responsabilizar os bens pela contracção de dívidas. Por isso, a mulher só teria legitimidade para contrair dívidas em relação aos bens dos quais ela fosse a administradora¹¹⁷².

Após a Reforma de 1977, vimos que quanto aos actos de administração ordinária dos bens comuns vale a regra da administração disjunta, ou seja, qualquer um dos cônjuges pode praticar tais actos sem o outro. Referimos também, citando Antunes Varela, que esta possibilidade de cada um dos cônjuges realizar actos de administração ordinária pode criar uma posição de vantagem ao cônjuge mais expedito e menos inibido, dando a possibilidade de um dos cônjuges realizar actos que o vinculam não só a si mas também ao seu cônjuge. Ora, parece-nos que esta afirmação valerá também em matéria de dívidas onde, podendo qualquer um dos cônjuges contrair dívidas sem o consentimento do outro, pode qualquer um deles vincular não só os bens comuns como até os bens próprios do outro cônjuge (art. 1695.º), ficando o cônjuge não contraente vinculado a um negócio que não realizou. Seria talvez importante distinguir, e no caso de se tratar de uma dívida que envolva actos de administração de bem comum (e fora da hipótese prevista no art. 1691.º, n.º 1, al. c))¹¹⁷³, em matéria de responsabilidade patrimonial (e a admitir a redacção actual do art. 1695.º), de entre as dívidas que responsabilizam os patrimónios próprios dos cônjuges em qualquer regime de bens, as que foram contraídas no exercício da administração ordinária dos bens comuns e as que excederam esse exercício. Só assim se articulam os regimes de administração e de responsabilidade por dívidas. Caso contrário, pode responder o património do cônjuge não contraente (e mesmo na totalidade, no caso do art. 1695.º, n.º 1) por uma dívida assumida pelo seu cônjuge quando este não tem a administração do bem em causa¹¹⁷⁴. Situação acautelada

¹¹⁷² Era isso que Ferrer Correia, *Aditamentos...*, cit., p. 24, notava, e admitindo que o estabelecimento comercial podia ser um bem cuja administração coubesse à mulher nos termos do então art. 1678.º, n.º 2, als. b) e/ou c), ao dizer que tendo a mulher os referidos poderes de administração, pelas dívidas que ela contraísse no exercício do comércio respondiam, nos termos do art. 1691.º, n.º 1, al. d), “não só os bens próprios da mulher, como também os bens comuns do casal e até os bens próprios do marido”.

¹¹⁷³ P. ex., se se trata de um acto de administração praticado por um dos cônjuges no exercício do comércio e sobre um bem comum (art. 1691.º, n.º 1, al. d)).

¹¹⁷⁴ Esta desarticulação entre o regime da administração dos bens do casal e o da responsabilidade por dívidas é também apontada por Pamplona Corte-Real, *ob. cit.*, p. 114, ao dizer que “a leitura do regime traçado quanto às dívidas conjugais nem sequer é, estruturalmente ajustado às regras vigentes no âmbito da administração e disposição do património do casal”.

no direito italiano, onde as dívidas decorrentes de actos de administração extraordinária praticados por apenas um dos cônjuges, que carecem do consentimento de ambos os cônjuges (art. 180.º do Cód. Civil italiano), nunca responsabilizam os bens próprios do cônjuge não alienante (art. 189.º, 1.º, do Cód. Civil italiano).

No direito francês, e dada a ligação entre os poderes de administração e o de obrigar a comunhão por dívidas (art. 1413.º do Cód. Civil francês), se o cônjuge for afastado da sua administração (p. ex., por força do art. 1426.º do Cód. Civil francês) já não pode responsabilizar o património comum como normalmente aconteceria¹¹⁷⁵.

Por outro lado, referimos também que carece do consentimento de ambos os cônjuges, nos regimes de comunhão, a alienação de bem imóvel comum ou próprio de qualquer um dos cônjuges. Mas já não no caso de simples promessa de venda, que pode validamente ser celebrada por apenas um dos cônjuges, ficando apenas este obrigado ao seu cumprimento face ao outro contraente. Como o outro cônjuge não se obrigou a nada, nunca estará em falta quanto à declaração de venda. Por isso, não deveria ser obrigado a ressarcir qualquer dano que resulte, para o promitente-comprador, da não realização do contrato prometido¹¹⁷⁶. Em sentido contrário, pronunciou-se, como já vimos, o Assento do STJ n.º 4/94, de 26.01.1994 (*loc. cit.*), no sentido de que a dívida de restituição do sinal em dobro, por incumprimento de contrato-promessa de compra e venda de coisa imóvel, celebrado por um dos cônjuges, comerciante, no exercício da sua actividade comercial, como promitente-vendedor, é da responsabilidade de ambos os cônjuges, nos termos e com as ressalvas previstas na al. d) do n.º 1 do art. 1691.º. É também invocando o proveito comum, para efeitos do art. 1691.º, n.º 1, al. c), que a jurisprudência tem considerado comum a dívida resultante da restituição do sinal, ou perda do mesmo, pelo não cumprimento de contrato-promessa de compra e venda outorgado por apenas um dos cônjuges ou outros incumprimentos contratuais. Portanto, apesar de não ter qualquer interferência na celebração do contrato, que não é de disposição do bem (e para o qual o consentimento do cônjuge seria necessário) mas de simples promessa de alienação, o outro cônjuge pode vir a responder por uma dívida resultante do seu incumprimento. Parece-nos existir também aqui uma incongruência entre a responsabilidade pelas dívidas e o princípio da autonomia privada e disposição dos bens.

¹¹⁷⁵ A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, p. 249.

¹¹⁷⁶ Neste sentido, Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 184.

Em matéria de administração e de disposição, há uma acentuada autonomia dos cônjuges no exercício de uma actividade comercial (v., o que dissemos quanto à administração exclusiva do estabelecimento comercial e quanto à consideração como actos de administração ordinária dos actos de disposição no exercício da actividade). Não se compreende, por isso, a desarticulação com o regime da responsabilidade por dívidas onde, sem justificação, permanece a al. d) do n.º 1 do art. 1691.º, considerando comuns as dívidas contraídas no exercício do comércio. De facto, se se entende que o cônjuge no exercício do comércio pode praticar quaisquer actos livremente, não se compreende que pelos mesmos respondam o património comum e o de qualquer um dos cônjuges¹¹⁷⁷.

À luz do Cód. de Seabra, as soluções pareciam articular-se. De facto, a mulher só podia contrair dívidas comerciais, que responsabilizavam também o marido, desde que o marido lhe concedesse autorização para o exercício do comércio. Caso contrário, não podia contraí-las validamente, dado o seu estatuto de “incapaz”. Essa autorização do marido era pressuposto não só para o exercício do comércio como para as dívidas contraídas no seu exercício. As dívidas contraídas pelo marido comerciante podiam responsabilizar os bens comuns e os seus bens próprios, verificados os pressupostos dos arts. 1114.º, 2.º, do Cód. de Seabra, e 15.º do Cód. Comercial de 1888. Aliás, era o marido o administrador dos bens do casal, podendo livremente dispor dos bens móveis.

Por seu lado, e quanto à exclusão do regime de separação de bens, no Cód. Civil de 1966, o art. 1686.º previa a necessidade do consentimento do marido para a mulher exercer o comércio, salvo se vigorasse entre os cônjuges o regime de separação de bens. Neste regime, cada um dos cônjuges podia administrar, alienar e onerar aquilo que era seu. Por isso, também, pelas dívidas contraídas no exercício do comércio por um dos cônjuges, vigorando o regime de separação de bens, apenas respondia o cônjuge comerciante, sendo dívida própria deste (art. 1691.º, n.º 1, al. d)). Por outro lado, nos restantes regimes, e porque, no caso da mulher, havia o consentimento do marido, a dívida era comum.

Desaparecendo o consentimento marital, deixa de justificar-se a ainda actual redacção do art. 1691.º, n.º 1, al. d), em clara desarmonia com o regime de

¹¹⁷⁷ A limitação da responsabilidade pelas dívidas comerciais ao cônjuge comerciante também não foi seguida no art. 1558.º, n.º 1, al. d), do Cód. Civil de Macau, não obstante o art. 11.º do Cód. Comercial conferir legitimidade ao empresário comercial, casado em regime de comunhão, para alienar e onerar os bens que compõem a empresa comercial, no exercício da sua actividade, bem como para praticar actos de disposição e oneração dos bens que representam o resultado da actividade da empresa comercial, sejam eles próprios ou comuns.

administração e disposição dos bens do casal¹¹⁷⁸. O que não invalida que as mesmas dívidas possam considerar-se comuns, nos termos, nomeadamente, das als. b) ou c) do mesmo n.º 1 do art. 1691.º. É, aliás, o que pode decorrer do art. 186.º, al. c), do Cód. Civil italiano, ao referir as dívidas contraídas por um dos cônjuges no interesse da família, não especificando as contraídas no exercício do comércio ou de uma profissão.

Os §§ 1431.º e 1456.º do BGB dispõem que o cônjuge administrador, ou qualquer um dos cônjuges no caso de administração conjunta, que deu o seu consentimento ao outro para o exercício de uma actividade independente (comercial ou não), não precisa de o prestar novamente para os negócios relativos a essa mesma actividade. Ou seja, qualquer um dos cônjuges pode praticar os negócios relativos ao exercício da sua actividade comercial, mas também apenas ele é responsável pelas respectivas dívidas. Se, contudo, exercer a actividade com o consentimento do cônjuge responsabiliza não só o seu património mas também os bens comuns e o património próprio do outro cônjuge (§§ 1437.º e 1438.º e § 1460.º do BGB).

Isto para já não referir a chocante desigualdade, não prevista nos restantes ordenamentos jurídicos aqui analisados, entre o exercício do comércio e o de qualquer outra profissão. De facto, as leis estrangeiras referem o exercício de uma qualquer profissão, seja ela qual for.

Por outro lado, sabemos que a constituição de direitos reais de garantia exige nos regimes de comunhão o consentimento de ambos os cônjuges. Pense-se, p. ex., na constituição de uma hipoteca sobre um bem comum¹¹⁷⁹. No caso de incumprimento da obrigação por esta garantida, responde pela dívida o bem comum onerado e todos os bens comuns e solidariamente os bens próprios de ambos os cônjuges (art. 1695.º). Por isso, se justifica a necessidade do consentimento de ambos para a sua constituição. Mas,

¹¹⁷⁸ Desarmonia que também nos parece existir no direito espanhol, da articulação dos arts. 1362.º, 4.º, e 1365.º, 2.º, do Cód. Civil espanhol, que consideram comuns as dívidas decorrentes do exercício de uma profissão, arte ou ofício de um cônjuge, com o art. 1382.º do Cód. Civil espanhol, no domínio da administração dos bens comuns, que permite a utilização de valores comuns necessários ao exercício da profissão. O mesmo problema coloca-se no ordenamento jurídico francês onde pode acontecer que sejam onerados com dívidas por parte de um dos cônjuges bens comuns de que esse cônjuge não tem a administração e livre disposição: bens comuns afectos ao exercício da profissão do outro (art. 1421.º, 2.º, do Cód. Civil francês). E tanto mais que pelo facto de o cônjuge que exerce a profissão poder realizar os actos de administração e disposição a ela necessários, os seus rendimentos (ainda que comuns) respondem pelas suas dívidas próprias (art. 1411.º do Cód. Civil francês). Daí o risco de ser posta em causa a independência profissional de cada um dos cônjuges se o outro pode contrair dívidas fazendo com que o credor penhore bens afectos a esse exercício profissional. Rémy Cabrillac, *ob. cit.*, pp. 157 e 158. Isso salvo se, no exercício dessa profissão, o cônjuge constituir uma sociedade, uma pessoa moral, com património autónomo e ao abrigo das dívidas de ordem privada (não profissional). V., M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 178 e 179. Como referem Flour/Champenois, *ob. cit.*, p. 378, este perigo pode induzir à adopção de um outro regime de bens ou de uma fórmula societária para o exercício da profissão.

¹¹⁷⁹ O mesmo já se exigia à luz do Cód. de Seabra, de acordo com os arts. 1119.º e 894.º do Cód. Civil de 1867.

se se tratar de uma hipoteca sobre um bem próprio, esta carece do consentimento do outro cônjuge para a sua constituição ainda que a dívida seja, em princípio, própria (art. 1694.º, n.º 2). Assim, não sendo o património comum nem o do outro cônjuge afectado pela constituição desta garantia não se justifica a necessidade do consentimento do outro cônjuge neste caso. Além do mais, também no regime de separação, onde a dívida é própria, não há necessidade do consentimento do outro cônjuge para a constituição de tais garantias. E não nos parece que a possibilidade de executar a meação do cônjuge devedor, na falta de bens próprios, seja argumento bastante para defender a necessidade do consentimento. É que, qualquer um dos cônjuges pode contrair dívidas que podem mesmo ser comuns e responsabilizar o património comum e aqui a lei não teve o cuidado de exigir o consentimento (p. ex., no caso do art. 1691.º, n.º 1, als. b), c) ou d)). Ou seja, a ideia de protecção do património comum não colhe neste campo¹¹⁸⁰. O que acontece é que se impõe um consentimento de ambos os cônjuges para a oneração, com direitos reais de garantia, de bens próprios e comuns, nos regimes de comunhão, mas este já não é necessário quando se “oneram” bens comuns com a contracção de dívidas¹¹⁸¹. Em todo o caso, se a constituição da hipoteca estiver ferida de anulabilidade, por falta de consentimento, e esta for requerida, haverá retorno à situação inicial, pelo que a comunhão não responderá pela dívida (e o incumprimento contratual está sujeito ao art. 1692.º, al. b)). A questão só se coloca se a anulação não for requerida ou tiver passado o prazo para a mesma.

Além disso, pode constituir-se uma hipoteca judicial sobre um bem próprio de um dos cônjuges (art. 710.º) para garantia de pagamento de uma dívida desse cônjuge. Protege-se aqui o credor, mesmo em prejuízo do interesse que o cônjuge do devedor tenha relativamente aos frutos do bem próprio (que são comuns). Em todo o caso, no momento da execução deve aplicar-se o previsto no art. 864.º, n.º 3, al. a), do Cód. de Processo Civil, quando a penhora tenha recaído sobre bens imóveis ou estabelecimento comercial que o executado não possa alienar livremente.

¹¹⁸⁰ Nem a ideia de protecção de um dos cônjuges, o mais desfavorecido patrimonialmente e até sem rendimentos independentes, face a actos de disposição ou oneração dos bens imóveis, considerados ainda pelo legislador a principal riqueza familiar. De facto, se há que proteger, a protecção até se justificaria mais no regime de separação. Depois, a ideia de protecção de um dos cônjuges não parece que deva pautar o legislador atendendo à igualdade jurídica entre os cônjuges, devendo sim favorecer a autonomia e independência recíprocas sobretudo quando estão em causa bens próprios de cada um dos cônjuges. Na verdade, se alguma restrição é justificada pela existência de um património comum afecto à satisfação das necessidades da vida familiar, a mesma não encontra razão no caso de bens próprios de cada um dos cônjuges.

¹¹⁸¹ No direito espanhol, a constituição de hipoteca sobre bens comuns está sujeita ao consentimento de ambos os cônjuges (art. 1377.º do Cód. Civil espanhol), e, nesse caso, a comunhão responde pela dívida daí decorrente (art. 1367.º do Cód. Civil espanhol).

A constituição de hipoteca judicial sobre um bem comum também é permitida, mas, e para respeitar a autonomia das várias massas patrimoniais e o princípio da subsidiariedade que ela impõe, a hipoteca deve recair sobre um dos bens comuns que respondem ao mesmo tempo que os bens próprios (art. 1696.º, n.º 2). Não é, porém, permitido constituir hipoteca sobre a meação dos bens do casal (art. 690.º).

Quanto à casa de morada da família, a lei exige o consentimento para a sua alienação, oneração, arrendamento ou constituição de outros direitos pessoais de gozo e em qualquer regime de bens, mas não a protege no caso de execução por dívidas. Ou seja, podendo qualquer um dos cônjuges contrair dívidas sem o consentimento do outro, pode acabar por ser executada, penhorada e vendida a casa de morada da família, seja por dívidas comuns (se for um bem comum) seja por dívida própria (se for bem próprio ou até, sendo bem comum, se se incluir na meação do devedor).

De facto, no direito vigente, ao contrário do que acontecia nos anos vinte e trinta do século XX, em que as leis estabeleciam a impenhorabilidade do “casal de família”, a casa de morada da família não está protegida contra uma penhora¹¹⁸².

Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira apresentam duas decisões do STJ a este propósito¹¹⁸³. O ac. do STJ, de 13.03.1997 (*BMJ*, n.º 465.º, 1997, p. 498), entendeu que a protecção da casa da morada da família, resultante do art. 1682.º-A e corroborada pelas normas processuais que impõem a demanda dos dois cônjuges quando estiver em causa a casa de morada da família (art. 28.º-A do Cód. de Processo Civil), se traduz no reconhecimento de um direito de uso e habitação do cônjuge do executado que não foi executado e que este pode defender por meio de embargos de terceiro. Seria este o meio de evitar que o cônjuge executado pudesse livremente nomear a casa de morada da família à penhora, até em conluio com o credor, prejudicando o direito à habitação do seu cônjuge, quando não pode dispor livremente desse direito, segundo as regras da disposição dos bens do casal, ainda que se trate de bem próprio¹¹⁸⁴.

¹¹⁸² V., o ac. da RG, de 07.05.2003 (<http://www.dgsi.pt>), onde se afirma que a casa de morada da família não é bem impenhorável, e tal não atenta contra o direito constitucional à habitação. Acrescenta ainda que o cônjuge do executado que reside na casa de morada da família, bem próprio do executado, não tem qualquer direito real de habitação.

Manifesta-se a favor dessa protecção Nuno de Salter Cid, *ob. cit.*, pp. 110-115 e pp. 170-175, assente sobretudo no princípio constitucional de protecção da família, previsto no art. 67.º, n.º 1, da CRP.

¹¹⁸³ Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 432 e 433.

¹¹⁸⁴ Consagrando também a tutela do direito à utilização da casa de morada da família, v., Salazar Casanova, “Tutela do direito à utilização da casa de morada de família”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 2, n.º 3, 2005, pp. 118-123, a propósito do ac. da RL, de 03.07.2002, e da possibilidade da mulher do arrendatário deduzir embargos de terceiro numa acção de despejo contra este intentada pelo senhorio. “A protecção da casa de morada da família contra as agressões que lhe possam ser feitas pressupõe a tutela do respectivo gozo ou utilização” (p. 122).

Por seu lado, o ac. do STJ, de 29.04.1998 (*BMJ*, n.º 476.º, 1998, p. 341), onde a casa era um bem comum do casal no qual a mulher estava interessada na previsão do divórcio, entendeu que a actual redacção do art. 1696.º, n.º 1, ao permitir a execução da meação dos bens comuns do casal antes da dissolução do casamento, viola o art. 65.º da CRP, por ofender o direito à habitação.

Portanto, no primeiro acórdão, de 1997, não se impediu a penhora do bem próprio do executado, mas reconheceu-se a existência de um direito de uso e habitação a favor do cônjuge residente. No segundo acórdão o STJ defende a impenhorabilidade imediata da meação dos bens comuns, considerando inconstitucional o art. 1696.º, n.º 1, o que parece exagerado dado que a abolição da moratória permite que a execução corra sobre a meação dos bens comuns do devedor, também em casos onde não se põe o problema da casa de morada da família, e corresponde a uma exigência da prática negocial.

O que está obviamente em causa é a questão de saber até onde deve ir a protecção da casa de morada da família. Tendo a conta a protecção constitucional à habitação (art. 65.º da CRP) e considerando o movimento geral no direito comparado, mesmo nos ordenamentos jurídicos de base mais separatista, no sentido de proteger a casa de morada da família, deve reforçar-se tal protecção, independentemente dos instrumentos técnicos usados para o efeito¹¹⁸⁵. Resta saber se essa protecção não dificultará a obtenção de crédito pela maioria das pessoas que só podem dar como garantia a casa onde habitam¹¹⁸⁶.

Quanto às dívidas que oneram doações, heranças ou legados, parece haver uma certa articulação entre o regime da aceitação e o da responsabilidade por dívidas. Podendo

Em sentido contrário, Carlos Lopes do Rego, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 264, defendendo a necessidade de facultar ao cônjuge do executado o contraditório que este pudesse deduzir na execução, sem lhe reconhecer, porém, um direito de uso e habitação sobre a casa, decorrente do art. 1682.º-A.

¹¹⁸⁵ Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 433.

¹¹⁸⁶ Este receio leva a doutrina francesa a permitir a penhora da casa de morada da família, sem prejuízo de se manter a sua indisponibilidade voluntária (art. 215.º, 3.º, do Cód. Civil francês). V., entre outros, Terré/Simler, *ob. cit.*, p. 54, Cornu, *ob. cit.*, p. 90, F. Lucet/B. Vareille, *ob. cit.*, p. 36, A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, pp. 36 e 37, e Rémy Cabrillac, *ob. cit.*, pp. 38 e 39.

A possibilidade de penhora da “*vivienda habitual*” permanece também no direito espanhol, não obstante a necessidade do consentimento de ambos os cônjuges para a disposição da mesma (art. 1320.º do Cód. Civil espanhol). V., C. Vázquez Iruzubieta, *Administración y liquidación...*, *ob. cit.*, p. 103. Em todo o caso, e como refere Ragel Sánchez, *ob. cit.*, p. 162, sempre que esteja em causa a penhora da casa de morada da família, deve citar-se o cônjuge não devedor, nos termos do art. 144.º, 5.º, do *Reglamento Hipotecario*. M.ª Pilar Alvarez Olalla, *ob. cit.*, pp. 455 e 456, defende a manutenção da penhorabilidade da casa de morada da família, dado que a sua impenhorabilidade seria excessivamente prejudicial para os credores e, em consequência, para o crédito familiar. Pronuncia-se a favor de uma solução intermédia que passaria pela defesa do direito de ocupação da casa da família. Sujeitando tal direito a registo, o mesmo seria inatacável por terceiros, por forma a que a penhora poderia recair sobre o direito de propriedade, mas com o ónus de respeitar o uso da casa comum pela família. Semelhante protecção foi conferida no direito inglês pelo *Matrimonial Home Act* de 1967.

qualquer um dos cônjuges aceitar heranças, doações ou legados sem necessidade do consentimento do outro, e não exigindo a lei que o seja em benefício de inventário, poderia haver riscos para o património comum e para o outro cônjuge. Na falta de inventário, cabe ao cônjuge aceitante a prova de que se excutiram os bens da herança, doação ou legado. Porém, não o conseguindo provar respondem todos os bens do cônjuge aceitante, ou seja, a dívida é, em princípio, própria do aceitante, não afectando o património comum e o outro cônjuge. Pode acontecer que, por força do regime de bens, os bens doados, herdados ou legados ingressem no património comum, situação em que responde também o património comum (art. 1693.º, n.º 2). Só que neste caso, pode, porém, o cônjuge do aceitante impugnar o cumprimento dos encargos se demonstrar que o valor dos bens não é suficiente para a sua satisfação. O problema estará em situações limite em que esta impugnação não tem sucesso. É que neste caso, o cônjuge que não se pronunciou quanto à aceitação pode não só ser afectado por via da responsabilização dos bens comuns como responder solidariamente pela dívida. É evidente que pode sempre argumentar-se que esse risco corre em paralelo ao benefício que o cônjuge do aceitante também tem pelo ingresso dos bens herdados, doados ou legados no património comum. Só que aquele supera obviamente este quando o benefício não existe por a herança, doação ou legado estarem sobreonerados com dívidas, situação em que também não é preciso o consentimento do cônjuge do aceitante. Melhor seria, assim, ponderados os riscos, exigir que o cônjuge aceitante só possa aceitar a doação, herança ou legado sem o consentimento do seu cônjuge se o fizer em benefício de inventário. Só assim se acautela eficazmente a posição do outro cônjuge ao nível da responsabilidade por dívidas¹¹⁸⁷. Era isso que previa o Cód. de Seabra, quanto à aceitação de heranças pelo marido. Com efeito, o marido podia validamente aceitar pura e simplesmente heranças ou legados sem outorga da mulher (arts. 1120.º e 2024.º). Mas, se a herança tivesse passivo, e o marido não demonstrasse que os encargos excediam as forças da herança, apenas eram responsáveis os seus bens próprios e a sua meação nos bens comuns, e nunca os bens da mulher. E isto numa altura em que o marido era o administrador de todos os bens do casal. De facto, e apesar das interpretações divergentes a propósito dos arts. 1120.º e 2024.º do Cód. Civil de 1867, o consentimento da mulher tinha como efeito a responsabilização de ambos os

¹¹⁸⁷ Aliás, Braga da Cruz, no art. 13.º, n.º 2, do seu anteprojecto (“Capacidade patrimonial...”, *loc. cit.*, p. 401), previu que na hipótese de ingresso dos bens no património comum, só houvesse comunicação das dívidas quando tivesse existido o consentimento do outro cônjuge.

cônjuges pelas dívidas que a herança possuísse. Actualmente, o consentimento é irrelevante.

Pelo contrário, a exigência do consentimento mesmo para o repúdio (negócio jurídico unilateral), que não gera quaisquer encargos, dificilmente se justifica apenas pela eventual entrada dos bens no património comum. Trata-se de um benefício que devia estar na livre disponibilidade do cônjuge aceitante¹¹⁸⁸.

Quanto aos depósitos bancários, cuja liberdade de constituição e movimentação o art. 1680.º prevê independentemente de os valores depositados serem próprios ou comuns, qualquer um dos cônjuges pode dispor dos valores em causa sem necessidade do consentimento do outro cônjuge¹¹⁸⁹. Ora, a existência de contas bancárias pode desvirtuar o regime da responsabilidade por dívidas. Apesar disso, a existência desta norma do art. 1680.º, traduzindo a necessária autonomia e independência patrimoniais entre os cônjuges, pode ser perigosa ao nível de responsabilidade por dívidas. Assim, e se os valores depositados forem bens comuns¹¹⁹⁰, pode um dos cônjuges utilizar os mesmos para pagamento de dívidas próprias, com prejuízo dos credores comuns e do outro cônjuge que, na falta de outros bens comuns, poderá ter que responder na totalidade pela dívida pela qual, não fosse a actuação do seu cônjuge, responderiam os bens comuns depositados. Isto sem prejuízo das devidas compensações nos termos do art. 1697.º.

¹¹⁸⁸ Neste sentido, v., Esperança Pereira Mealha, *ob. cit.*, pp. 23 e 24.

Repare-se que, nos §§ 1432.º e 1455.º, 1.º, do BGB, o cônjuge não administrador, ou qualquer um dos cônjuges na administração conjunta, pode aceitar ou repudiar herança ou doação sem o consentimento do cônjuge administrador ou do outro cônjuge. Mas, pode responsabilizar o património comum e o património pessoal do cônjuge administrador ou o do outro cônjuge (§§ 1437.º e 1438.º e § 1460.º do BGB). Pelo contrário, o § 1455.º, 3.º, do BGB, prevê a possibilidade de qualquer um dos cônjuges requerer inventário de herança que ingresse nos bens comuns, independentemente de quem é o herdeiro. Isto precisamente porque os bens comuns respondem pelas dívidas da referida herança.

¹¹⁸⁹ Como vimos esta liberdade de disposição do dinheiro e contas bancárias está também presente no direito espanhol e com mais evidência, dado que aí a disposição de quaisquer bens comuns carece do consentimento de ambos os cônjuges, excepto se se tratar de dinheiro, valores ou direitos de crédito (arts. 1384.º e 1385.º do Cód. Civil espanhol).

¹¹⁹⁰ Refere Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil...*, *cit.*, vol. IV, p. 293, que se um dos cônjuges depositar em seu nome exclusivo quantias que sejam comuns, “cabe naturalmente ao lesado reagir contra o abuso pelos meios adequados”. Perguntamo-nos quais são esses meios de defesa entre os cônjuges estando em causa bens comuns. De facto, se um cônjuge resolver depositar bens comuns numa conta exclusiva sua, e mesmo que não se trate de uma das excepções do art. 1678.º, n.º 2, à regra da administração conjunta, o depósito e movimentação da conta são actos de administração ordinária pelo que a administração cabe a cada um dos cônjuges (art. 1678.º, n.º 3, 1.ª parte). Se se trata de “usurpação” de bens comuns por parte de um dos cônjuges trata-se das relações internas entre os mesmos, a regular apenas no momento da liquidação e partilha. Parece-nos, por isso, que o cônjuge lesado não pode opor-se à actuação do outro cônjuge em depositar e movimentar bens comuns numa conta bancária (podendo, obviamente, e se for o caso, requerer a separação judicial de bens ou o divórcio).

É possível que, em virtude do sobre-endividamento do ou dos cônjuges as regras da administração dos bens do casal sejam alteradas. Com efeito, quando algum dos cônjuges é apresentado a insolvência, a administração dos seus bens, que integram a massa insolvente, não pertence ao ou aos cônjuges, mas ao administrador de insolvência (arts. 52.º e segs. e 81.º do CIRE)¹¹⁹¹.

“A clareza de um regime de bens, que constitui massas patrimoniais próprias de cada cônjuge e uma massa comum, e a clareza das regras legais sobre os poderes de administração e de disposição dos respectivos bens, estão condenadas a fracassar perante a confusão permanente de patrimónios, resultante de depósitos mistos, de aplicações e reaplicações, de transferências de propriedade entre os cônjuges”¹¹⁹².

A rigidez das regras de administração e disposição dos bens do casal é ultrapassada pela necessidade da prática diária de variados negócios jurídicos, pela difusão dos contratos de adesão e pela conclusão de negócios através de meros comportamentos concludentes. Além disso, e como referimos, além de vigorar a regra da irresponsabilidade do cônjuge administrador, não há sanção adequada para a violação das regras da administração (dado o âmbito restrito da separação judicial de bens). Por outro lado, a lei não refere a violação dos deveres de ordem patrimonial como fundamento de divórcio ou de separação de pessoas e bens¹¹⁹³.

Como vimos, qualquer um dos cônjuges tem legitimidade para contrair dívidas sem o consentimento do outro. Porém, também sabemos que para dispor de certos bens os cônjuges carecem do consentimento um do outro. Ou seja, pode acontecer que um cônjuge que carece do consentimento do outro para dispor de um bem acabe por o onerar com dívidas legitimamente (e que poderão levar a que esse mesmo bem venha a responder pelas mesmas, saindo do património comum). De facto, não existe actualmente uma norma como a prevista no art. 1119.º do Cód. Civil de 1867, que, apesar de estar na secção da comunhão geral, entendia-se ser de aplicar a todos os regimes de bens. Se o marido pudesse obrigar bens imobiliários sem a outorga da mulher, seria permitir-lhe que livremente os alienasse. Se o marido não podia alienar também não podia obrigar os mesmos bens.

¹¹⁹¹ V., A. Lopes Cardoso, *A Administração dos Bens...*, cit., pp. 49 e 50.

¹¹⁹² Guilherme de Oliveira, “Transformações do direito da família”, in AAVV, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil...*, cit., p. 771.

¹¹⁹³ V., Esperança Pereira Mealha, *ob. cit.*, p. 56.

Em todo o caso, não podemos deixar de articular as regras do Direito da Família com as regras gerais. Assim, p. ex., o art. 715.º dispõe (como, aliás, fazia o art. 894.º do Cód. de Seabra) que só tem legitimidade para constituir hipoteca quem pode dispor do bem. Ora, se o cônjuge não pode dispor, por si, do bem que quer onerar, também não o poderá hipotecar, sendo a constituição da hipoteca nula e não produzindo quaisquer efeitos jurídicos. O problema é que nem todas as onerações dos bens por dívidas implicam uma oneração directa do bem (com constituição de garantia real). Ou seja, o que pode acontecer é que o cônjuge contrai uma dívida que é considerada comum e por ela respondem bens comuns que ele não pode livremente dispor (pense-se, p. ex., no caso da casa de morada da família). Por outro lado, a dívida pode ser própria e, mesmo assim, pode onerar bens comuns de que não pode dispor, nomeadamente, por não ter a sua administração (pense-se nos casos dos bens comuns previstos no n.º 2 do art. 1696.º, quando seja o outro cônjuge a administrar o bem).

Como referia A. Lopes Cardoso, a propósito do Cód. Civil de 1966, pode chegar-se à conclusão que o cônjuge, que está proibido de alienar por si só os seus bens imóveis, consegue o mesmo fim com a contracção de dívidas da sua exclusiva responsabilidade. “Bastará que deixe penhorar e vender em execução esses bens”¹¹⁹⁴. A situação é ainda mais grave quando pode conseguir esse fim em relação a bens de que nem sequer possui a administração, uma vez que, ao contrário, do projectado pelos seus autores, também os bens administrados pelo outro cônjuge não estavam ao abrigo da moratória do art. 1696.º, n.º 1. A este propósito entendem Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira que “a utilização, pelo devedor, de bens que não administre, para pagamento da dívida, constitui um acto de administração ilícita, contra o qual o cônjuge do devedor poderá reagir no quadro das regras do mandato tácito ou, provavelmente, no quadro das normas da posse de má fé (cfr. art. 1681.º, n.º 3, CCiv). Tratar-se-á ainda, provavelmente, da prática de uma “ilegitimidade conjugal”, pois significará uma alienação de bens que o devedor não podia praticar sozinho”¹¹⁹⁵. Em todo o caso, tal aplicação das regras da responsabilidade ou das ilegitimidades conjugais apenas permite resolver as questões entre os cônjuges, pois face aos terceiros credores, que obtêm judicialmente o seu pagamento através de bens que o seu devedor não tem a administração ou disposição, os

¹¹⁹⁴ A. Lopes Cardoso, *A Administração dos Bens...*, cit., p. 247.

¹¹⁹⁵ Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 447.

referidos bens respondem pela dívida, não podendo o devedor ou o seu cônjuge opor-se à penhora dos mesmos por tal motivo¹¹⁹⁶.

Referimos também, quanto à necessidade do consentimento para a prática de certos actos de disposição, a distinção entre a situação em que o acto foi praticado pelos dois e aquela em que um actuou com o consentimento do outro. De facto, se ambos intervêm no acto de disposição, ambos serão responsáveis na relação contratual em causa e face a terceiros. Se actuou um com o consentimento do outro, este não está vinculado, tendo apenas prestado o seu consentimento para conferir validade ao acto. Em todo o caso, não parece ser este o resultado se analisarmos o problema do ponto de vista da responsabilidade por dívidas. Na realidade, pode o cônjuge que não está vinculado ao acto e que nele apenas consentiu vir a responder pela dívida em causa se ela for comum (art. 1695.º), e até solidariamente se os cônjuges estiverem casados em regime de comunhão (art. 1695.º, n.º 1). Assim, pode não haver diferença da actuação pelos dois cônjuges ou de um com o consentimento do outro.

À luz do Cód. de Seabra, os problemas de incompatibilização do regime da disposição dos bens do casal e da responsabilidade por dívidas faziam também sentir-se, mas eram sobretudo originados pela situação inversa. Ou seja, o marido tinha poderes de administração e disposição sobre todos os bens móveis, comuns ou próprios de qualquer dos cônjuges, mas só podia contrair dívidas com o consentimento da mulher, salvo no caso de ausência ou impedimento da mulher ou se aplicadas em proveito comum do casal (art. 1114.º). Pelas dívidas contraídas apenas pelo marido ficavam obrigados os seus bens próprios e a sua meação nos bens comuns, mas sujeita a moratória. No caso das excepções respondiam pelas dívidas também os bens comuns. Podia acontecer que o marido contraísse uma dívida sem consentimento da mulher e sem que integrasse uma das excepções referidas, e o credor viesse executar bens

¹¹⁹⁶ Apesar do referido, Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 447 e 448, acrescentam que se a utilização de bens de que o devedor não podia dispor sozinho for o resultado de uma execução movida pelo credor, apenas se deverá citar o cônjuge do devedor no caso de a penhora incidir sobre bens imóveis com o intuito de lhe permitir deduzir oposição à penhora (p. ex., demonstrando a existência de outros bens penhoráveis de que o devedor tem a livre disposição e contra os quais a penhora se deve dirigir em primeiro lugar – arts. 864.º, n.º 3, al. a), e 864.º-A do Cód. de Processo Civil). Mas se a penhora incidir sobre bens móveis não tem o cônjuge do devedor qualquer meio de oposição (mesmo tratando-se dos bens móveis utilizados conjuntamente por ambos os cônjuges na vida do lar ou como instrumento comum de trabalho ou dos bens móveis pertencentes ao devedor mas exclusivamente administrados pelo outro cônjuge – art. 1682.º, n.º 3). A única possibilidade de ver tais bens salvaguardados face a uma penhora é pela sua consideração como impenhoráveis por se tratarem de bens imprescindíveis à economia doméstica ou por serem instrumentos de trabalho do executado, nos termos dos arts. 822.º, al. f), e 823.º, n.º 2, do Cód. de Processo Civil. Por isso, concluem os autores que não há restrições importantes ao uso de bens de que o devedor não tem a administração e disposição quando o credor já está em processo de execução.

comuns móveis do casal alegando que o marido podia administrar e dispor livremente dos mesmos. Ora, se podia dispor também podia onerar os mesmos por dívidas. Como poderia o marido poder o mais e não poder o menos¹¹⁹⁷. Entendia-se, portanto, que a proibição de o marido contrair dívidas sem o consentimento da mulher apenas teria como consequência a não afectação pelas dívidas dos bens imobiliários comuns. Caso contrário, não disporia o legislador, nos arts. 1118.º e 1148.º, a livre disposição dos mobiliários a favor do marido. Assim, o art. 1114.º apenas referia os bens imobiliários, ficando os bens mobiliários sujeitos à execução por dívidas.

No Cód. de Seabra, no regime de separação o marido não podia obrigar nem alienar os bens imobiliários da mulher e, nessa lógica, os bens dela apenas respondiam pelas suas próprias dívidas e na proporção da sua responsabilidade. Mas a desarticulação e os riscos de fraude à lei também existiam no Cód. Civil de 1867, onde o marido podia escapar à limitação da necessidade do consentimento da mulher para dispor dos bens imóveis, contraindo dívidas, pelas quais os credores poderiam, em processo executivo, executar os bens imóveis, ainda que sujeitos a moratória¹¹⁹⁸.

Ora, no nosso direito vigente, qualquer um dos cônjuges pode contrair dívidas mas pode carecer do consentimento do outro para dispor de certos bens. O regime tem uma maior coerência, isto é, os cônjuges podem o menos (contrair dívidas e onerar os bens) mas não quer dizer que possam o mais (dispor dos bens). O problema é que, em virtude de uma execução sobre certos bens, a oneração por contracção de dívidas pode resultar numa disposição do bem por parte do cônjuge que contraiu a dívida, ainda que não tenha poderes de disposição. Só que não podemos esquecer que, sendo isto verdade, a disposição indirecta feita pelo cônjuge que contrai a dívida não é voluntariamente feita pelo mesmo, ou seja, ela resulta sempre de uma acção judicial que implica execução e penhora dos bens em causa. Tal como é possível, por força de uma execução, e nos termos do art. 825.º do Cód. de Processo Civil, a partilha forçada dos bens comuns do casal¹¹⁹⁹ em virtude de uma acção executiva, por acção de terceiros, também será possível em virtude de acção semelhante a “disposição” de bens comuns, ou até

¹¹⁹⁷ Situação analisada em *O Direito*, ano 3, n.º 8, 1871, pp. 114-116.

¹¹⁹⁸ V., Coelho da Rocha, *ob. cit.*, pp. 137 e 138.

¹¹⁹⁹ Como sabemos, o património comum, atendendo à sua especial natureza jurídica, não pode ser partilhado no decurso da sociedade conjugal por iniciativa dos cônjuges. Por isso, as compensações, nos regimes de comunhão, só podem ser exigidas e pagas depois da liquidação e partilha.

De igual modo, é também possível, e apesar da proibição da compra e venda entre cônjuges (art. 1714.º, n.º 2), um dos cônjuges exercer o seu direito de remissão na venda executiva dos bens do outro cônjuge (art. 912.º do Cód. de Processo Civil).

próprios de um dos cônjuges, de que o cônjuge que contraiu a dívida não tem a livre disposição¹²⁰⁰. O problema em causa são as situações de conluio entre o credor e um dos cônjuges em prejuízo do outro cônjuge. Mas aí este terá sempre os meios processuais, mais ou menos eficazes, para reagir, como a oposição à penhora ou à execução e os embargos de terceiro. Não podemos, em todo o caso, deixar de referir que esta possibilidade de contrair livremente dívidas que podem implicar disposições de bens que o cônjuge que as contrai não pode dispor sozinho, choca com a solução legal de anulabilidade dos actos realizados por um dos cônjuges sem o consentimento do outro, quando este é necessário (art. 1687.º). Por via da contracção de uma dívida pode um cônjuge dispor de bens livremente, quando carece do consentimento do outro de acordo com as regras da administração e disposição dos bens do casal, consubstanciando uma fraude à lei. Repare-se que esta desarticulação dos regimes da responsabilidade por dívidas e da administração e disposição dos bens do casal pode conduzir a que o cônjuge que não contraiu a dívida (e não prestou o consentimento necessário para a disposição) venha alegar que o negócio do qual decorreu a contracção da dívida é anulável pois implica uma disposição de bens (necessária para pagamento judicial da dívida) para a qual o outro cônjuge carecia do seu consentimento (pondo em causa o direito ao pagamento do credor).

A articulação do regime da responsabilidade por dívidas com as normas de administração e disposição dos bens do casal manifesta-se, em maior ou menor grau, no direito comparado. Em geral, apesar da manutenção de desconformidades pontuais, como oportunamente referimos, os ordenamentos jurídicos estrangeiros traduzem também a referida articulação.

A evolução do direito francês denota a correlação entre o passivo e os poderes de administração. No Cód. Civil de 1804 toda a dívida do marido, único administrador de todos os bens, era uma dívida comum. Por seu lado, só a nua propriedade dos bens da mulher estava exposta à execução dos seus credores, salvo se exercesse uma profissão separada (situação em que respondiam também os bens reservados)¹²⁰¹. O marido era o

¹²⁰⁰ Aliás, é isso mesmo que resulta do ordenamento jurídico francês onde as excepções à regra da administração disjunta só se aplicam no caso de se tratar de actos de alienação voluntária, já que se esta for judicial (forçada) tais excepções não existem, não sendo necessário o consentimento de ambos os cônjuges. V., Flour/Champenois, *ob. cit.*, p. 319. O mesmo pode dizer-se em relação ao direito alemão, onde as limitações à liberdade de administração e disposição do cônjuge administrador não valem no domínio de execução processual (Staudinger, *ob. cit.*, §§ 1363.º-1563.º, § 1424 Rdn. 13, p.494).

¹²⁰¹ De facto, podendo a mulher administrar e dispor livremente desses bens, no exercício da sua profissão, também eles respondiam pelas dívidas que contraísse no mesmo exercício.

administrador de todos os bens, incluindo os próprios da mulher e, por isso, dispunha livremente deles (ainda que, no caso de bens próprios da mulher, carecesse do consentimento desta, este era facilmente obtido). Paralelamente, a mulher podia, no momento da dissolução, renunciar à comunhão e, assim, escapar ao pagamento do seu passivo. Podia ainda a mulher, no caso da administração do marido afectar os seus bens, requerer a separação de bens, bem como beneficiava, para garantia dos seus eventuais créditos contra o marido, de uma hipoteca legal sobre os imóveis próprios do marido e os comuns¹²⁰². De facto, e em geral, a regulação do regime da responsabilidade pelas dívidas dependia dos poderes dos cônjuges sobre os bens. Assim, a dívida seria comum, e pela qual respondia o património comum, se o seu contraente tivesse poderes de disposição sobre os bens comuns. Por isso, as dívidas do marido obrigavam sempre a comunhão, ao contrário das da mulher que, por princípio, não a responsabilizavam. De facto, só quando a mulher tivesse a administração dos bens comuns responderia a comunhão, ou seja, quando por mandato do marido a mulher administrasse tais bens, quando tivesse o consentimento do marido para contrair a dívida em causa ou quando tivesse autorização judicial. A Reforma de 1965 terminou com esta desigualdade no que respeita às dívidas extracontratuais. De facto, as dívidas contratuais estavam condicionadas pelas desigualdades mantidas ao nível da administração dos bens. O marido, na sua qualidade de chefe da família, obrigava a comunhão por todas as dívidas que contraísse¹²⁰³. A mulher, por seu lado, ainda que capaz, não podia, em princípio, obrigar os bens comuns, já que este poder cabia ao marido como administrador do casal¹²⁰⁴. Podiam, em todo o caso, tendo ela bens próprios, os seus credores executar a plena propriedade da sua fortuna pessoal (art. 1415.º do Cód. Civil francês). Em todo o caso, o princípio da não responsabilização da comunhão pelas dívidas contratuais da

¹²⁰² Henri Mazeaud, *et alii*, *Leçons de Droit Civil. Régimes matrimoniaux*, cit., p. 339. A existência da hipoteca legal implicava que, quando o marido pretendesse alienar ou onerar um imóvel próprio dele ou comum, carecia da intervenção da mulher, dado que os terceiros exigiriam que ela renunciasse à referida hipoteca (Colin/Capitant/Julliot de la Morandière, *ob. cit.*, p. 107).

¹²⁰³ Apesar de tudo, o poder marital tinha limitações. Desde logo, os bens reservados da mulher permaneciam fora das intenções dos seus credores, salvo se se verificasse a situação prevista no art. 220.º do Cód. Civil. Depois, os seus actos fraudulentos não obrigavam os bens comuns sempre que os terceiros com quem contratava estivessem de má fé, além de a mulher poder restringir os poderes do marido, nos termos dos arts. 220.º-1.º e 1426.º do Cód. Civil francês. Por outro lado, o património pessoal da mulher não respondia pelas dívidas do marido.

¹²⁰⁴ Embora os bens comuns e os próprios do marido também respondessem pelas dívidas contraídas pela mulher no caso de esta ter recebido mandato do marido ou autorização judicial ou quando actuasse na qualidade de gestor de negócios. De facto, a mulher responsabilizava os bens comuns e os próprios de ambos os cônjuges se contraísse dívidas com o consentimento do marido (art. 1419.º do Cód. Civil francês), mas era também pelo lado do marido que a dívida entrava na comunhão (salvo se a dívida fosse solidária, situação em que se considerava que entrava na comunhão pelos dois cônjuges – art. 1418.º do Cód. Civil francês).

mulher tinha alguns limites. Desde logo, e quanto aos bens adquiridos no exercício de uma profissão (bens reservados), estes bens respondiam pelo seu passivo, profissional ou não. Por outro lado, os bens comuns respondiam pelos actos praticados ao abrigo dos arts. 217.º e 1426.º do Cód. Civil francês e pelas dívidas contraídas para o sustento do lar e educação dos filhos (art. 220.º do Cód. Civil francês).

A Reforma de 1985 terminou com a supremacia marital. Cada cônjuge tem o poder autónomo de administrar os bens comuns, em situação de plena igualdade face ao seu cônjuge. Em consequência, no actual regime do passivo, a lei não estabelece qualquer distinção entre a dívida contraída pelo marido e pela mulher (art. 1409.º do Cód. Civil francês). Por seu lado, o art. 1413.º do Cód. Civil francês comprova o aumento do poder dos cônjuges e um alargamento da garantia dos credores, determinando que a comunhão responde por todas as dívidas contraídas pelos cônjuges, de acordo, aliás, com o princípio da administração concorrente, previsto no art. 1421.º do Cód. Civil francês. Para a afirmação do princípio da igualdade da administração no domínio do passivo bastou ao legislador estender a disposição do art. 1413.º do Cód. Civil francês também à mulher. Respondendo os bens comuns, e desaparecendo a distinção entre os bens comuns ordinários e os reservados, não precisa o credor de determinar a origem dos bens que pretende executar, reforçando-se, com isso, o crédito do lar.

Na mesma lógica, determinado a lei a administração singular dos bens próprios de cada cônjuge, a dívida contraída por um só dos cônjuges não responsabiliza os bens próprios do outro (art. 1418.º do Cód. Civil francês). Denotando a ligação entre os poderes de administração e a responsabilidade por dívidas, cada um dos cônjuges administra os seus bens próprios e os bens comuns e, por isso, pode obrigar os referidos bens, mas já não os bens próprios do outro cônjuge.

Por outro lado, e não obstante os ganhos profissionais serem comuns nos regimes de comunhão, é o cônjuge que os auferir que os administra e pode deles dispor (desde que satisfeita a contribuição para os encargos da vida matrimonial – art. 223.º do Cód. Civil francês). Por essa razão, pelas dívidas próprias de um dos cônjuges respondem não só os seus bens próprios mas também os seus “*revenus*” (art. 1411.º do Cód. Civil francês).

Repare-se que, nos casos em que um cônjuge é substituído pelo outro nos seus poderes (art. 1426.º do Cód. Civil francês), este obriga-se a si e aos bens comuns, nos termos gerais do art. 1413.º do Cód. Civil francês, mas o cônjuge que é substituído deixa de poder obrigar os bens comuns de que não tem mais a administração. Também, havendo limitação dos poderes de administração dos seus bens próprios (art. 1429.º do

Cód. Civil francês) entende-se que o cônjuge impedido de administrar não pode obrigar esses mesmos bens por dívidas¹²⁰⁵.

Sendo possível, nos termos do art. 1503.º do Cód. Civil francês, a estipulação de uma cláusula, em convenção matrimonial, de administração conjunta, os actos praticados pelos dois cônjuges implicam uma solidariedade das obrigações assumidas. O que denota, obviamente, uma forte ligação entre as regras da administração dos bens e a responsabilidade pelas dívidas.

De facto, o regime da comunhão universal, ou outro, pode ser acompanhado de uma cláusula de administração conjunta (art. 1503.º do Cód. Civil francês). Se assim for, e quanto às dívidas contratuais, tratando-se de actos de administração e disposição de bens comuns, sendo necessário o consentimento de ambos os cônjuges, estes ficam solidariamente obrigados por tais actos realizados de comum acordo. A dívida será comum e o património próprio de ambos os cônjuges ficará sujeito à execução dos credores. Repare-se que aqui o mero consentimento implica responsabilidade solidária (o que não impede os cônjuges de, em convenção matrimonial, determinarem que tal consentimento apenas terá o significado que lhe é conferido pelos arts. 1422.º e segs. do Cód. Civil francês). Cada um dos cônjuges pode utilizar o art. 217.º do Cód. Civil francês para obter autorização judicial, com vista à sua actuação isolada, se houver recusa do consentimento sem razão válida. Se assim for, a dívida obriga a comunhão, mas não o cônjuge que recusou o seu consentimento (art. 217.º, 2.º, do Cód. Civil francês). O mesmo se poderá dizer se um dos cônjuges obteve autorização judicial para actuar ao abrigo do art. 1426.º do Cód. Civil francês.

Se, pelo contrário, não se tratar de um acto de administração ou disposição sobre um bem comum, qualquer um dos cônjuges pode actuar sem o consentimento do outro. A questão está em saber se, além dos bens próprios do cônjuge devedor, os bens comuns respondem por tal dívida¹²⁰⁶.

¹²⁰⁵ F. Terré/Ph. Simler, *ob. cit.*, pp. 375 e 376 e p. 400, e Flour/Champenois, *ob. cit.*, pp. 339 e 349. Como referem estes últimos autores, o poder atribuído pelo art. 1429.º do Cód. Civil francês a um dos cônjuges é um poder de representar o outro na administração dos seus bens próprios. Assim, as dívidas contraídas pelo representante obrigam o representado (seus bens próprios) e os bens comuns, nos termos gerais (mas não obrigam os bens próprios do representante).

¹²⁰⁶ A resposta é obviamente positiva se a dívida se enquadrar no domínio do art. 220.º do Cód. Civil francês. Caso contrário, alguns autores entendem que sim (Terré/Simler, *ob. cit.*, p. 407), dado que a cláusula da administração conjunta apenas exige a actuação dos cônjuges quanto ao poder de administrar a comunhão e não de a obrigar; outros defendem que, se actuar sozinho, os bens comuns não respondem pela dívida (Cornu, *ob. cit.*, p. 570), não podendo qualquer um dos cônjuges obrigar a comunhão por dívidas contraídas isoladamente, fora as previstas no art. 220.º do Cód. Civil francês (dado que qualquer acto de contracção de uma dívida integra a categoria de acto de disposição e de administração e para estes é necessário o consentimento de ambos os cônjuges).

Quanto às dívidas extracontratuais integram o passivo provisório da comunhão, ou seja, o art. 1503.º do Cód. Civil francês não as refere expressamente pelo que deverá aplicar-se o regime legal (art. 1413.º do Cód. Civil francês). Deve igualmente aplicar-se o disposto no art. 1418.º, 1.º, do Cód. Civil francês, não podendo ser executados, por dívida contraída por um dos cônjuges, os bens próprios do outro. A solidariedade prevista no art. 1503.º do Cód. Civil francês abrange apenas as dívidas que os cônjuges contraíram conjuntamente para a administração dos bens comuns¹²⁰⁷.

No direito italiano, no âmbito do princípio da autonomia negocial, cada um dos cônjuges pode contrair dívidas, conjunta ou separadamente, sem que as normas reguladoras da administração da comunhão legal possam constituir qualquer obstáculo ao cumprimento das obrigações contraídas perante terceiros por qualquer um dos cônjuges. Em todo o caso, o regime da responsabilidade por dívidas não deixa de articular-se com as normas relativas à administração dos bens. De facto, a administração da comunhão é a administração de um património que comporta situações jurídicas activas e passivas¹²⁰⁸. Por isso, estas últimas não podem deixar de articular-se com a referida administração.

O direito italiano seguiu o mesmo entendimento vigente entre nós, ou seja, atribuiu-se a administração a ambos os cônjuges, devendo esta exercer-se conjuntamente em relação aos actos de natureza extraordinária e à concessão ou aquisição de direitos pessoais de gozo, e disjuntamente face aos actos de administração ordinária (art. 180.º do Cód. Civil italiano). Assim, as dívidas contraídas por ambos os cônjuges responsabilizam o património comum (art. 186.º, al. d), do Cód. Civil italiano). Ora, os actos de administração ordinária podem ser praticados por qualquer um dos cônjuges independentemente de serem ou não no interesse da família. Por isso, também as dívidas contraídas por um dos cônjuges no interesse da família, e relativas à gestão normal e ordinária da mesma (art. 186.º, al. c), do Cód. Civil italiano), as resultantes de encargos que oneram os bens no momento da aquisição (art. 186.º, al. a), do Cód. Civil italiano), os encargos de administração (art. 186.º, al. b), do Cód. Civil italiano) e as despesas relativas ao sustento da família e à educação e instrução dos filhos (art. 186.º, al. c), do Cód. Civil italiano) responsabilizam o património comum. Importa que a dívida preencha uma das referidas alíneas. P. ex., e como referimos, entende-se que

¹²⁰⁷ A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., p. 520, sugere o desaparecimento desta cláusula, dado que, exigindo para todos os actos, mesmo os de mera administração, o acordo dos cônjuges, pode implicar a paralisia do sistema se a discórdia se instalar.

¹²⁰⁸ Franco Anelli, *ob. e loc. cit.*, p. 285.

qualquer um dos cônjuges pode dispor dos seus bens para adquirir outros que integram a comunhão (e aqui não está em causa a administração dos bens comuns). Quando dispõe de bens comuns para adquirir outros que também integram a comunhão, é aceite que, de acordo com o art. 177.º, al. a), do Cód. Civil italiano, tal actuação corresponde aos poderes ordinários que o art. 180.º do Cód. Civil italiano confere a qualquer um dos cônjuges. Portanto, o acto será válido, mas a comunhão não responde pela dívida que daí decorre (ou só responde nos termos do art. 189.º, 2.º, do Cód. Civil italiano), salvo se preencher os requisitos do art. 186.º do Cód. Civil italiano e sem prejuízo das devidas compensações (art. 192.º do Cód. Civil italiano). Apresenta-se, portanto, um regime em que a responsabilidade do património comum originada pelas dívidas contraídas por qualquer um dos cônjuges é mais restrita que os poderes de administração e disposição que os cônjuges têm sobre o património comum (sem prejuízo das limitações a esta administração nos termos dos arts. 182.º e 183.º do Cód. Civil italiano).

Pelo contrário, as dívidas contraídas por apenas um dos cônjuges, para cumprimento de actos que excedem a administração ordinária, sem o consentimento do outro, apenas responsabilizam a comunhão a título subsidiário, quando o credor não possa satisfazer-se pelos bens próprios do cônjuge devedor (art. 189.º, 1.º, do Cód. Civil italiano). Como vimos, discute-se na doutrina italiana se a dívida contraída no interesse da família mas que excede a administração ordinária responsabiliza ou não o património comum nos termos do art. 186.º, al. c), do Cód. Civil italiano. A posição que afasta tal entendimento é a que mais se adequa com o regime da administração dos bens do casal, nos termos do art. 180.º do Cód. Civil italiano, que não distingue os actos de administração em função de serem no interesse da família. Por outro lado, é a interpretação mais conforme com o art. 181.º do Cód. Civil italiano, que impõe ao cônjuge, no caso de recusa do outro em prestar o consentimento, uma autorização judicial para a prática do acto de administração extraordinária no interesse da família. Admitir a responsabilidade da comunhão conduziria a uma situação em que o acto de administração não seria, em princípio, válido (art. 184.º do Cód. Civil italiano), mas a dívida era da responsabilidade do património comum¹²⁰⁹. Seria uma solução muito próxima da que acontece no nosso ordenamento por falta de articulação dos regimes de administração e responsabilidade por dívidas.

¹²⁰⁹ Ou então o acto será válido mas gera uma responsabilidade do cônjuge alienante (art. 184.º, 3.º, do Cód. Civil italiano) que, contudo, não existiria se a dívida fosse contraída no interesse da família. V., Bruno de Filippis, *ob. cit.*, p. 262.

Repare-se que, referindo o art. 180.º do Cód. Civil italiano, em ligação com o art. 184.º do mesmo código, a necessidade do consentimento de ambos os cônjuges para os actos de disposição (e não também de aquisição, salvo os casos de direitos pessoais de gozo), pode acontecer que a aquisição de um imóvel, acto de administração extraordinária mas não sujeita à administração conjunta, origine uma dívida. Tal dívida, nos termos do art. 189.º do Cód. Civil italiano, só responsabilizará o património do cônjuge alienante e a sua meação nos bens comuns. Ou seja, a administração pode ser praticada por qualquer um dos cônjuges mas apenas esse cônjuge fica obrigado pela dívida contraída.

Vigorando, no direito espanhol, a regra da administração conjunta, impede-se a contracção de dívidas que obriguem a comunhão se os cônjuges não actuarem conjuntamente ou um com o consentimento do outro. A distinção das dívidas comuns a título definitivo ou provisório obedece ao regime da administração dos bens comuns e visa a protecção dos terceiros credores¹²¹⁰. De facto, o art. 1375.º do Cód. Civil espanhol, estipulando a administração conjunta, articula-se com o art. 1367.º do Cód. Civil espanhol, obrigando os bens comuns pelas dívidas contraídas pelos cônjuges conjuntamente ou por um com o consentimento do outro. Há também casos em que a lei admite a administração individual e, por isso, o art. 1369.º do Cód. Civil espanhol dispõe um regime de solidariedade entre o património comum e o património próprio do cônjuge que contraiu a dívida. Por outro lado, a dívida que decorre de uma actuação individual tem carácter próprio, salvo se integrar as disposições dos arts. 1365.º, 1366.º ou 1368.º do Cód. Civil espanhol.

Se se trata de uma dívida contraída por um dos cônjuges originada por um acto que deveria ser praticado por ambos os cônjuges (arts. 1375.º e 1377.º do Cód. Civil espanhol), e a dívida for definitivamente comum (art. 1362.º do Cód. Civil espanhol), a comunhão responde se o cônjuge que não deu o seu consentimento não intentar acção de anulação do acto em causa que originou a dívida (mesmo que não integre os arts. 1365.º, 1366.º e 1368.º do Cód. Civil espanhol)¹²¹¹.

Repare-se que o art. 1382.º do Cód. Civil espanhol permite que um dos cônjuges utilize sozinho, ainda que com o conhecimento do seu cônjuge, valores comuns no exercício da sua profissão ou para administração ordinária dos seus bens. E se dessa

¹²¹⁰ Javier Seoane Prado, *ob. e loc. cit.*, p. 347.

¹²¹¹ J. Fernández Villa, *loc. cit.*, pp. 689-691.

utilização resultarem dívidas responde o património comum, nos termos do art. 1362.º, 3.º e 4.º, do Cód. Civil espanhol¹²¹².

De referir que, no direito alemão, o cônjuge administrador, no caso de dívidas contraídas pelo outro que responsabilizam o património comum, é também responsável solidariamente pelas mesmas com os seus bens próprios (cfr. o § 1437.º, 2.º, do BGB). Por outro lado, no caso de administração por ambos os cônjuges, cada um deles será responsável pelas dívidas contraídas pelo outro, como devedor solidário (cfr. o § 1459.º do BGB), e, se nas relações internas a dívida for da responsabilidade de um dos cônjuges, a obrigação de pagamento do outro desaparece com o fim da comunhão. É a contrapartida pelos poderes de administração atribuídos ao cônjuge ou aos cônjuges. De facto, dado o amplo poder de administração e disposição sobre os bens comuns detido pelo cônjuge administrador, este podia usar tal poder com vista ao pagamento das suas dívidas, deixando por pagar as do outro cônjuge¹²¹³. Na administração singular é, em princípio, o cônjuge administrador que obriga a comunhão, respondendo também com os seus bens próprios pelas dívidas comuns, não responsabilizando pessoalmente o cônjuge não administrador. Na administração conjunta, onde ambos os cônjuges devem praticar os actos de disposição, ambos responsabilizam a comunhão e respondem pelas dívidas comuns. No direito alemão é patente a ligação entre administração e responsabilidade por dívidas. Só o(s) cônjuge(s) administrador(es) é que pode(m) contrair dívidas que responsabilizam o património comum (sem prejuízo das dívidas previstas no § 1357.º do BGB, que podem ser contraídas por qualquer um dos cônjuges isoladamente e mesmo pelo não administrador).

Como sabemos o § 1438.º do BGB determina que os bens comuns respondem pelas dívidas contraídas pelo cônjuge administrador e também pelas do não administrador se contraídas com o consentimento do administrador ou quando a lei considera a dívida eficaz face ao património comum sem necessidade de tal consentimento. O que está obviamente em articulação com o regime dos §§ 1429.º a 1433.º do BGB, que contemplam situações em que o cônjuge não administrador tem poderes de administração sem necessidade do consentimento do cônjuge administrador. Também, e no domínio da administração conjunta, os §§ 1454.º a 1456.º do BGB prevêm a possibilidade de um dos cônjuges poder realizar um negócio jurídico sem necessidade da colaboração ou do consentimento do outro cônjuge. Em articulação com tal regime

¹²¹² Teodora F. Torres, *loc. cit.*, p. 764.

¹²¹³ Schlüter, *ob. cit.*, pp. 116 e 117.

dispõe o § 1460.º do BGB que os bens comuns respondem pelas dívidas contraídas conjuntamente pelos cônjuges ou por um deles quando a dívida seja eficaz sem necessidade do consentimento.

IV. Da relevância dos regimes de bens no regime da responsabilidade por dívidas

1. Os diferentes regimes de bens e a protecção dos credores no regime da responsabilidade por dívidas dos cônjuges

Como vimos, o regime da responsabilidade por dívidas dos cônjuges apresenta especificidades face ao Direito das Obrigações. As diferenças de tal regime face ao regime geral verificam-se essencialmente no caso dos regimes de comunhão onde, além dos patrimónios próprios dos cônjuges, existe um património comum que pode responder pelas dívidas contraídas por um ou ambos os cônjuges. Em todo o caso, também no regime de separação de bens, as regras gerais são alteradas, nomeadamente, pelo facto de um cônjuge contrair uma dívida que poderá responsabilizar também (ainda que conjuntamente) o património do outro (art. 1695.º, n.º 2).

A principal questão que aqui pretendemos abordar é da repercussão do regime de bens e do respectivo regime da responsabilidade por dívidas na protecção dos credores. É evidente que, à partida, é nos regimes de comunhão que os terceiros credores encontram maior protecção, dado existir um património comum que também responderá pelas dívidas (a título principal ou subsidiário). Procuraremos verificar tal facto e aferir se terá razão de ser num momento em que a autonomia e independência patrimoniais e financeiras dos cônjuges se fazem sentir. Assim, depois de uma abordagem geral dos regimes de bens e dos limites à liberdade de convenção (art. 1699.º), tentaremos avaliar o regime da responsabilidade por dívidas à luz de cada regime de bens, na perspectiva da protecção da família e dos credores.

Na falta de estipulação das partes vigora entre os cônjuges o regime supletivo de comunhão de adquiridos¹²¹⁴. Em matéria de regime supletivo é discutido se seria preferível o de comunhão de adquiridos ou o de separação. Tentaremos tomar uma posição a este propósito em matéria de responsabilidade por dívidas.

A primeira observação a fazer é a de que não há propriamente um regime puro de comunhão ou de separação, assistindo-se à penetração de ideias separatistas nos regimes de comunhão e de ideias comunitárias no regime de separação. Nos regimes de comunhão, os patrimónios próprios dos cônjuges aumentam em detrimento do património comum, assumindo ambos os cônjuges iguais poderes de administração; na

¹²¹⁴ Apesar da possibilidade de os nubentes escolherem um dos regimes de bens previstos na lei ou convencionarem o que entenderem a esse respeito, raramente fazem uso dela, casando no regime supletivo.

separação de bens prevê-se uma contribuição proporcional dos cônjuges para os encargos do casal, bem como restrições aos poderes do proprietário da casa de morada da família. São estas aproximações entre os dois regimes que levam algumas legislações a tentar combinar os dois, como acontece com o regime de comunhão nos ganhos ou de participação nos adquiridos (*Zugewinngemeinschaft*) da Alemanha¹²¹⁵, que se traduz numa partilha das valorizações ou uma separação de bens com igualação nos ganhos (“*Gütertrennung mit Zugewinnausgleich*”)¹²¹⁶. No decurso do casamento os cônjuges vivem em separação de bens e no momento da dissolução calcula-se o aumento do valor do conjunto de todos os bens de cada cônjuge (que são bens próprios), confrontam-se os dois valores e apura-se a diferença. O cônjuge cujo património se valorizou mais e, portanto, que enriqueceu mais durante o casamento, deve entregar ao outro metade da diferença das valorizações dos patrimónios.

Os cônjuges, de acordo com o art. 1698.º, que fixa o princípio da liberdade do regime de bens, podem fixar, em convenção antenupcial, o regime de bens do casamento, quer escolhendo um dos regimes previstos no código (comunhão de adquiridos, comunhão geral e separação de bens), quer, dentro dos limites legais, estipular o que entenderem¹²¹⁷. Não existe um sistema de tipicidade, como acontece na Alemanha (§

¹²¹⁵ Já em 1920 a Suécia tinha a “comunhão diferida”, ou seja, durante o casamento os cônjuges vivem em separação de bens, administram os seus bens e respondem pelas suas dívidas; no momento da dissolução do casamento, todos os bens são considerados propriedade do casal e cada cônjuge tem direito a metade do seu valor. Com a frequência de divórcios e de casamentos de curta duração (fazendo com que um cônjuge beneficiasse de metade do valor dos bens, mesmo aqueles trazidos pelo outro para o casamento que logo se dissolveu), foi necessário, em 1987, exigir que a participação por metade no valor do património conjugal dependesse da duração do casamento (vinte por cento ao ano), sendo que o direito a metade só se adquire ao fim de cinco anos. Na Noruega o regime é idêntico, mas cada cônjuge retira do património conjugal final os bens que levou para o casamento e os que adquiriu a título gratuito. Os valores partilhados correspondem aos bens que se dividiriam em espécie num regime de comunhão de adquiridos. V., Braga da Cruz, “O problema do regime matrimonial de bens supletivo, no novo Código Civil português (estado actual da questão)”, *BMJ*, n.º 53.º, 1956, p. 175, Gonçalves Pereira, “Regimes convencionais...”, *loc. cit.*, pp. 264-287, e Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 524 e 525.

¹²¹⁶ Lüderitz/Dethloff, *ob. cit.*, p. 102.

O modelo alemão foi também seguido pelo Cód. Civil de Macau na revisão de 1999.

¹²¹⁷ A lei fixa alguns limites à liberdade de convenção. Além dos previstos no art. 1699.º, a que faremos referência no texto, a lei fixa nos casos do art. 1720.º um regime imperativo de separação de bens (casamentos celebrados sem precedência do processo de publicações e por quem tenha completado 60 anos de idade – limite que perde a sua utilidade de evitar casamentos por interesse económico a partir da Reforma de 1977 que colocou o cônjuge como herdeiro legítimo, ao lado dos descendentes, ou seja, a lei impede a escolha de um regime com receio do proveito económico de um cônjuge à custa do outro com mais de 60 anos, mas chama o cônjuge sobrevivente a herdar no momento da morte. Como referem Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 519 e 520, além de não se encontrar um interesse que justifique esta restrição à liberdade negocial, é de notar que os sistemas jurídicos têm reforçado a autonomia individual, consagrando a CRP um direito ao desenvolvimento da personalidade (art. 26.º) que é contrário à limitação em causa. Deviam, portanto, os casos de tentativa de benefício económico pelo abuso de alguma debilidade ficar apenas sujeitos às regras gerais reguladoras da liberdade negocial); determina no art. 1699.º, n.º 2, a proibição de estipulação do regime da comunhão geral nos casamentos celebrados por quem tenha filhos, ainda que maiores ou emancipados; fixa no art. 1718.º a

1408.º do BGB) ou na Suíça (art. 182.º do Cód. Civil suíço) em que os nubentes ou cônjuges têm de escolher um dos regimes previstos na lei¹²¹⁸. Para a defesa de um regime de tipicidade costuma afirmar-se que os terceiros ficariam mais protegidos, pois saberiam mais facilmente qual a regulamentação em vigor dentro do casal. Mas, como referem Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, não se justifica que essa protecção seja obtida à custa de um sacrifício escusado de interesses razoáveis dos cônjuges¹²¹⁹. Além disso, a protecção dos terceiros consegue-se por via da publicidade do regime. Não podemos também esquecer que mesmo nos sistemas de tipicidade, como na Alemanha, podem os cônjuges, além de alterar o regime de bens no decurso do casamento, alterar (sem, contudo, desvirtuar) os regimes legais previstos. Nestes casos, os terceiros também não gozam da protecção referida, apenas beneficiando da protecção conferida pelo sistema da publicidade.

As razões para o princípio da liberdade de convenção apresentou-as Braga da Cruz para a manutenção do referido princípio no nosso Cód. Civil¹²²⁰. Por um lado, importa reconhecer aos contraentes plena liberdade de pactuar, dado os interesses de terceiros e os princípios de ordem pública não imporem quaisquer restrições¹²²¹. Por outro lado, há toda a vantagem em deixar aos nubentes completa liberdade na regulamentação do seu regime de bens, dado que os regimes-tipo previstos na lei podem não se adaptar perfeitamente aos interesses do caso concreto (e não seria aconselhável que a imposição

proibição de se estipular o regime de bens por simples remissão genérica para lei estrangeira ou revogada, ou para usos e costumes locais.

¹²¹⁸ Já nas Ordenações Manuelinas (título VII, do livro IV) e Filipinas (título XLVI, do livro IV), prevendo como regime supletivo o casamento por “carta de metade”, a liberdade de escolher o regime de bens estava prevista e transitou depois para o art. 1096.º do Cód. Civil de 1867.

Por seu lado, e apesar de, numa primeira fase, se prever o casamento *cum manu* e *sine manu*, o direito romano não previa a liberdade de convencionar o regime de bens. No direito romano o regime era apenas legal (dotal) e não convencional. O mesmo se passava na Idade Média e só a partir de certa altura começaram a existir acordos entre os nubentes que vieram alterar os costumes locais em matéria de regulação das relações patrimoniais (Planiol/Ripert, *Traité élémentaire...*, cit., p. 8).

¹²¹⁹ Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 521. No mesmo sentido, Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil...*, cit., vol. IV, p. 360.

¹²²⁰ Braga da Cruz, “Problemas relativos aos regimes de bens do casamento sobre que se julga necessário ouvir o parecer da comissão redactora do novo Código Civil”, *BMJ*, n.º 52.º, 1956, pp. 341 e 342, e “Regimes de bens do casamento. Disposições gerais. Anteprojecto dum capítulo do novo Código Civil (articulado e exposição de motivos)”, *BMJ*, n.º 63.º, 1957, pp. 31-35, e *Obras Esparsas*, cit., pp. 1 e 2 e pp. 68-70. Referindo-se também à necessidade de salvaguardar a liberdade contratual na escolha do regime de bens à luz do Cód. de Seabra, v., Eduardo da Silva Carvalho, *ob. cit.*, vol. I, p. 39. Semelhantes razões são apresentadas por Terré/Fenouillet, *ob. cit.*, 6.ª ed., Paris, Dalloz, 1996, p. 376, para defesa do princípio da liberdade das convenções matrimoniais.

¹²²¹ Bastará o registo obrigatório das convenções antenupciais para a protecção dos interesses de terceiros; o interesse de ordem pública é protegido pelas limitações que a lei fixar.

de um dos regimes constituísse obstáculo à celebração do casamento ou prejudicasse, no decurso do mesmo, o bom entendimento dos cônjuges).

Devem, em todo o caso, os cônjuges observar o art. 1699.º, ou seja, não podem os cônjuges alterar, por convenção matrimonial, as matérias aí previstas¹²²². A proibição da alteração dos direitos e deveres patrimoniais (al. b)), tal como já resultava do disposto no art. 1103.º do Cód. de Seabra, impede os cônjuges de modificar os deveres que lhes são impostos para protecção dos terceiros, nomeadamente, proíbe-os de alterarem o regime da responsabilidade por dívidas¹²²³. Além disso, qualquer cláusula que viole normas imperativas (como as relativas à responsabilidade por dívidas ou as da administração e disposição dos bens do casal) será nula (art. 294.º)¹²²⁴.

Também a norma do art. 220.º do Cód. Civil francês, em matéria de dívidas, como, aliás, as normas relativas ao regime primário, não podem ser alteradas por convenção matrimonial (art. 226.º do Cód. Civil francês)¹²²⁵. A proibição de alterar os direitos e deveres patrimoniais e, em consequência, a proibição de alterar os deveres relativos à protecção de terceiros, como o regime da responsabilidade por dívidas, é também defendido no direito alemão¹²²⁶ e no direito italiano¹²²⁷. Também a doutrina espanhola

¹²²² Não pode ser objecto de convenção antenupcial a regulamentação da sucessão hereditária dos cônjuges ou de terceiro (salvo os casos previstos nos arts. 1700.º a 1707.º) – art. 1699.º, n.º 1, al. a); a alteração dos direitos ou deveres paternos ou conjugais (p. ex., as cláusulas que atribuam poderes exclusivos ao marido na direcção da vida familiar comum, que determinem a abolição do dever de fidelidade, que estabeleçam a necessidade de autorização conjugal para o exercício de uma profissão, etc.) – art. 1699.º, n.º 1, al. b); a alteração das regras sobre a administração dos bens do casal – art. 1699.º, n.º 1, al. c); a estipulação da comunicabilidade dos bens enumerados no art. 1733.º - art. 1699.º, n.º 1, al. d).

¹²²³ Esperança Pereira Mealha, *ob. cit.*, p. 57, nota 131, entende, seguindo Pamplona Corte-Real, que a proibição de alteração do regime da responsabilidade por dívidas decorre antes de uma interpretação ampla do art. 1699.º, al. c).

Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, *cit.*, vol. VI, pp. 307 e 308, concebia a validade de uma cláusula que estabelecesse a responsabilidade exclusiva do marido pelas dívidas emergentes da vida matrimonial. Considerava, porém, que tal cláusula não poderia ser oposta aos credores, só obrigando os cônjuges entre si, sendo atendida na partilha do casal.

A doutrina tem entendido que o art. 1699.º não tem uma enumeração exaustiva, valendo aqui também os princípios gerais de direito matrimonial bem como os princípios gerais aplicáveis aos negócios jurídicos (v., entre outros, Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, *cit.*, vol. VI, pp. 301 e 307, Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil...*, *cit.*, vol. IV, p. 365, Leite de Campos, *Lições...*, *cit.*, p. 383, M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, *cit.*, pp. 488-492, e Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 531).

¹²²⁴ Como referem Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 548, tendo sido aposta à convenção uma cláusula nula, a questão de saber se a própria convenção será nula ou se apenas se considera a referida cláusula como não escrita, deve resolver-se de acordo com o princípio geral do art. 292.º, relativo à redução do negócio jurídico.

¹²²⁵ Determina também o art. 1388.º do Cód. Civil francês que os cônjuges não podem derogar os direitos e deveres que decorrem do casamento. Mas, o Cód. Civil francês admite que os cônjuges regulem certas regras de administração em convenção matrimonial (art. 1497.º, 2.º, do Cód. Civil francês), estipulando a administração conjunta dos bens (art. 1503.º do Cód. Civil francês).

¹²²⁶ O BGB sujeita a liberdade contratual prevista no § 1408.º às restrições decorrentes do carácter imperativo das normas do regime aplicável e das impostas, nos termos gerais, à liberdade contratual.

considera imperativos os arts. 1319.º a 1322.º do Cód. Civil espanhol, relativos aos poderes de administração e de disposição e à responsabilidade por dívidas¹²²⁸. Yolanda Bustos Moreno refere que nas relações externas as normas reguladoras do regime da responsabilidade por dívidas são imperativas, não podendo os terceiros ser afectados com eventuais alterações convencionais dos cônjuges¹²²⁹. Apenas nas relações internas será possível aos cônjuges estipular de forma diferente da legalmente prevista (ressalvadas as dívidas relativas à contribuição para os encargos da vida familiar – art. 1318.º do Cód. Civil espanhol)¹²³⁰, ou seja, ampliar as dívidas que oneram a título definitivo a comunhão ou restringi-las nas relações entre os cônjuges (tendo a autora dúvidas quanto à aceitação das cláusulas de restrição por poderem afectar o princípio da igualdade, dado que um dos cônjuges pode responder em proporção maior à que participa no activo).

Portanto, os cônjuges não podem, por convenção matrimonial, alterar o regime da responsabilidade por dívidas (art. 1699.º, al. b), do nosso Cód. Civil, bem como nos restantes ordenamentos jurídicos que analisámos, nos quais a regulamentação base ou “primária” não pode ser alterada por acordo dos cônjuges), mesmo nos ordenamentos jurídicos estrangeiros onde se admite a mutabilidade dos regimes de bens. O objectivo é assegurar a protecção de terceiros credores que contratem com os cônjuges e que devem confiar na existência de uma dada regulamentação legal (imperativa). E se não podem os cônjuges convencionar tal numa convenção matrimonial, não podem obter o mesmo resultado com a celebração de contratos entre eles (como os contratos de sociedade), muitas vezes com o único objectivo de defraudar expectativas de terceiros. Portanto, e antes de mais, quando por força de um contrato entre os cônjuges se visar alterar a regulamentação legal da responsabilidade por dívidas deve aplicar-se as mesmas restrições existentes para as convenções matrimoniais. Ou seja, não deve admitir-se essa

¹²²⁷ Enzo Roppo, “Convenzioni matrimoniali”, *Enciclopedia Giuridica*, Instituto della Enciclopedia Italiana, vol. IX, Roma, 1989, p. 3. Refere este autor que o art. 160.º do Cód. Civil italiano, impedindo a alteração dos direitos e deveres previstos na lei como efeito do casamento, evita que através de actos praticados entre os cônjuges se iludam normas fundamentais relativas à tutela de terceiros, bem como dos cônjuges e da família.

¹²²⁸ V., Yolanda Bustos Moreno, *ob. cit.*, pp. 174-179, e Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida, *et alii*, *Elementos de Derecho Civil. Familia*, *cit.*, pp. 140-142.

¹²²⁹ Yolanda Bustos Moreno, *ob. cit.*, pp. 174-179. No mesmo sentido, Dölle, *ob. cit.*, p. 933.

¹²³⁰ Conforme explica M.ª del Carmen Pastor Álvarez, *El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio*, Murcia, Universidad de Murcia, Marcial Pons, 1998, pp. 101-107, o dever de contribuição do art. 1318.º do Cód. Civil espanhol é de carácter imperativo, não permitindo aos cônjuges exonerar um deles de tal dever (salvo os casos em que haja uma impossibilidade de o cumprir por parte de um dos cônjuges por falta de recursos económicos; mas mesmo aí o dever de contribuição para os encargos familiares pode realizar-se pelo trabalho doméstico, prestado no lar).

alteração e, em consequência, a celebração de tal contrato. Entendemos, contudo, que é importante, em paralelo, alterar o regime legal da responsabilidade por dívidas, pelo menos eliminando a al. d) do n.º 1 do art. 1691.º.

Repare-se, porém, que o facto de não poderem alterar o regime da responsabilidade por dívidas face a terceiros (dado que o que se visa é a protecção destes), não impede uma regulamentação contratual diferente da legal nas relações internas entre os cônjuges (tal como vimos ser defendido pelas doutrinas espanhola e alemã). Não havendo terceiros a proteger e havendo acordo entre os cônjuges, podem estes internamente (para efeitos de compensações e créditos entre cônjuges) responsabilizar um ou outro património pela dívida¹²³¹.

Portanto, face a terceiros credores sempre terá de observar-se as normas legais reguladoras do regime da responsabilidade por dívidas. Apesar de a lei regular tal matéria independentemente do regime de bens vigente entre os cônjuges, em determinados pontos a vigência de um regime de comunhão ou de separação faz toda a diferença. É esta diferença que procuraremos abordar. Não é nosso objectivo analisarmos a composição dos regimes de bens de comunhão (e, por isso, será irrelevante a distinção entre o regime de comunhão de adquiridos e o de comunhão geral) ou de separação. Pretendemos antes, e atendendo à regulamentação do regime da responsabilidade por dívidas analisado *supra*, aferir das principais diferenças entre os regimes de bens de comunhão e separação, tentando, a partir daí, concluir qual o mais adequado à actual situação patrimonial dos cônjuges.

2. A responsabilidade por dívidas nos regimes de comunhão

Regulando o Cód. Civil o regime da responsabilidade por dívidas independentemente do regime de bens é fundamentalmente em relação às als. d) e e) do n.º 1 e ao n.º 2 do art. 1691.º, quanto à responsabilidade pessoal, e em relação às normas reguladoras da responsabilidade patrimonial (arts. 1695.º e 1696.º) que as diferenças fazem sentir-se.

¹²³¹ Por isso, entendemos ser também possível fixar um regime de solidariedade em vez da conjunção prevista no art. 1695.º, n.º 2 (mas já não o inverso). Ou seja, ainda que os cônjuges não possam alterar o regime imperativo da responsabilidade por dívidas, que a lei fixou para salvaguarda de terceiros credores, não se trata aqui disso, mas apenas de em relação a uma dívida estabelecer um regime de solidariedade em vez da conjunção (o que até beneficia o credor em causa), de determinar como respondem os cônjuges pela dívida. Ou seja, será afastar o regime da conjunção previsto no art. 1695.º, n.º 2, pela convenção expressa do regime da solidariedade nos termos gerais do Direito Civil (art. 513.º). V., *supra*, p. 132, nota 326.

De igual modo, existe regulamentação legal diferente em matéria de compensações devidas pelo pagamento de dívidas do casal, mas deixaremos esta matéria para outro capítulo.

O art. 1691.º, n.º 2, faz uma referência expressa ao regime da comunhão geral, considerando que as dívidas contraídas por qualquer um dos cônjuges em proveito comum e anteriores à celebração do casamento só no regime da comunhão geral podem ser comunicáveis, desde que contraídas em proveito comum do casal (art. 1691.º, n.º 2).

Como já oportunamente referimos, na comunhão geral são comuns todos os bens que cada um dos cônjuges leva para o casamento. Justo é, por conseguinte, que as dívidas contraídas por qualquer um deles, em proveito comum do casal, não deixem de responsabilizar ambos, pelo facto de terem sido contraídas antes do casamento (se se comunicam os bens, também se devem comunicar as dívidas anteriores, desde que contraídas em proveito comum). Nos outros regimes de bens, sendo considerados próprios os bens que cada um leva para o casamento, razoável é que as dívidas contraídas por só um deles, antes do casamento, ainda que revertendo em proveito comum, responsabilizem apenas o cônjuge que as assumiu¹²³².

Por sua vez, a al. e) do n.º 1 do art. 1691.º consagra a comunicabilidade das dívidas previstas no art. 1693.º, n.º 2, ou seja, as dívidas que onerem doações, heranças ou legados, quando os respectivos bens tenham ingressado no património comum (nomeadamente, por os cônjuges terem estipulado o regime da comunhão geral de bens ou uma cláusula de comunicabilidade de certos bens adquiridos a título gratuito). Também aqui a lei faz expressa menção ao regime de comunhão. E parece-nos importante a referência. De facto, a comunicabilidade da dívida corresponde a um princípio elementar de equidade, ou seja, se o património comum, de afectação especial, se enriquece com a liberalidade, justo é que responda pelas dívidas correspondentes¹²³³.

Desnecessária, e excessivamente problemática como já vimos, é a al. d) do n.º 1 do art. 1691.º, que exclui o regime de separação de bens. Assim, só nos regimes de

¹²³² Podia até pretender-se que, comunicando-se todos os bens do devedor, no regime da comunhão geral, também deviam comunicar-se todas as dívidas e não apenas as que fossem contraídas em proveito comum do casal. O objectivo seria proteger os credores pessoais do devedor que, à partida, perdiam a garantia natural dos seus créditos ao verem os bens próprios do devedor transformar-se em bens comuns. Porém, estes credores não chegam a ser afectados, uma vez que, não havendo bens próprios, respondem os bens levados pelo cônjuge devedor para o casamento (art. 1696.º, n.º 2, al. a)) e, uma vez eliminada a moratória, os credores podem executar imediatamente a meação do devedor no património comum (Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 457 e 458).

¹²³³ Também os ordenamentos jurídicos estrangeiros por nós abordados têm regime idêntico nesta matéria (v., *supra*, pp. 218-222).

comunhão as dívidas contraídas pelo cônjuge comerciante são comuns (salvo se se provar que não foram contraídas em proveito comum).

Nos regimes de comunhão, o cônjuge não comerciante (ou do comerciante) está confrontado com uma dupla presunção se quiser defender-se da sua responsabilidade. Em primeiro lugar, poderá ilidir a presunção de que a dívida comercial do cônjuge comerciante foi contraída no exercício do seu comércio (art. 15.º do Cód. Comercial). Feita a prova contrária, excluída estará a sua responsabilidade que resultava do art. 1691.º, n.º 1, al. d). Mas, em segundo lugar, mesmo que não logre ilidir essa presunção, e se vier a apurar que a dívida foi contraída no exercício do comércio, poderá ainda ilidir a presunção implícita de que ela foi contraída em benefício do casal, provando que, pelo contrário, ela não foi contraída em proveito comum (art. 1691.º, n.º 1, al. d)). Por outro lado, e em terceiro lugar, pode acontecer que, tendo o cônjuge ilidido a primeira presunção, provando que a dívida não foi contraída no exercício do comércio do cônjuge comerciante, o credor venha ainda provar (e aí o ónus é dele) que a dívida foi contraída em proveito comum ou para ocorrer aos encargos normais da vida familiar, obtendo a responsabilidade de ambos, já não por força da referida al. d), mas face às als. b) e/ou c) do n.º 1 do mesmo art. 1691.º.

Como já tivemos oportunidade de o referir, parece-nos aconselhável a eliminação da al. d) do n.º 1 do art. 1691.º. Aliás, e em conjugação com o art. 1714.º, não tendo os nubentes pensado convenientemente sobre o regime de bens a vigorar entre eles, podem vir a casar no regime supletivo de comunhão de adquiridos, sujeitando-se, com o funcionamento das presunções dos arts. 1691.º, n.º 1, al. d), do Cód. Civil, e 15.º do Cód. Comercial, à comunicabilidade das dívidas comerciais contraídas por um deles (comerciante), sem possibilidade de alterar a situação (ainda que possam ilidir as presunções). A possibilidade de alterar o regime de bens nessas situações, afastando o princípio da imutabilidade, e desde que se salvaguardem os direitos anteriormente adquiridos, não parece afectar o interesse do credor, pois, mesmo quando existia, como regra, no art. 1696.º, n.º 1, a moratória forçada, poderia sempre o credor, por dívidas comerciais da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges (afastando-se, com o regime de separação de bens, o funcionamento do art. 1691.º, n.º 1, al. d), e desde que não se enquadre em nenhuma das restantes alíneas do n.º 1 do art. 1691.º), usar o benefício que o art. 10.º do Cód. Comercial lhe concedia. Por maioria de razão se justifica actualmente em que a referida moratória foi abolida com o Dec.-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro. Por outro lado, poderá beneficiar o cônjuge do comerciante,

eventual desconhecedor de questões de ordem patrimonial e que, por vezes, poderá até nem concordar com o exercício da actividade comercial por parte do seu cônjuge (cfr. o art. 1677.º-D). É evidente que a possibilidade de alterar o regime de bens, com repercussão ao nível do regime da responsabilidade por dívidas, pode implicar o risco de fraude aos credores, no caso de a alteração visar tal intuito. Daí a necessidade de se acautelarem direitos adquiridos dos credores e a salvaguarda dos requisitos da publicidade da alteração do regime de bens.

O regime do art. 1691.º, n.º 1, al. d), visa a tutela do comércio, facilitando a obtenção de crédito ao cônjuge que exerce o comércio. Esta tutela envolve um certo sacrifício dos interesses do cônjuge do comerciante e da própria família. Só que o legislador entendeu que tal sacrifício não é arbitrariamente imposto, já que o mesmo só se impõe por se entender que a dívida foi contraída no interesse do casal e não apenas no do cônjuge comerciante. Fixou-se, assim, o limite a partir do qual os interesses do cônjuge do comerciante (e da família) não devem ceder perante os interesses do comércio (não será da responsabilidade de ambos os cônjuges a dívida não contraída em proveito comum). Além disso, pensa-se que o sacrifício acaba por reverter no interesse dos cônjuges e da família, já que dá confiança aos credores, facilita a obtenção de crédito e favorece o exercício do comércio que constitui parte relevante da sustentação financeira da família.

Não nos parece, porém, que este regime protector das dívidas comerciais, ainda que possa garantir, pela mais fácil obtenção de crédito, a situação financeira da família que vive dos rendimentos da actividade comercial, permita excluir o exercício de outras profissões dessa protecção, além de não ter justificação na realidade actual.

De facto, e por um lado, no exercício da actividade agrícola ou industrial ou no exercício de uma profissão liberal também se manifesta o exercício no interesse da família, de tal modo que podiam também fundamentar uma presunção de proveito comum. Todavia, aqui os credores não beneficiam de qualquer regime especial.

Por outro lado, e como também já vimos, o regime das dívidas provenientes do exercício do comércio, vigente desde o Cód. Comercial de 1888, é um regime excessivo, iníquo e historicamente situado. Com a Reforma de 1977, ambos os cônjuges passam a ter poderes administrativos relativamente aos seus bens próprios e certos bens comuns, ambos têm iguais poderes para administrar os bens comuns que não estejam sujeitos à administração exclusiva de um deles (art. 1678.º), ambos podem livremente exercer o comércio ou qualquer outra actividade ou profissão (art. 1677.º-D).

A realização de um plano de vida pessoal e profissional de cada um dos cônjuges implica um estatuto de independência em relação ao outro cônjuge, o que exige a não responsabilização deste pelas dívidas contraídas pelo outro no exercício da sua profissão. Ninguém pode ser livre para iniciar uma actividade se tiver de ponderar as consequências dela não só em relação ao seu património, mas também relativamente aos bens do seu cônjuge.

É evidente que o credor comercial sairá beneficiado com tal regime, concedendo, portanto, o regime de comunhão, face ao de separação, uma maior protecção a esses credores. Mas, não se compreende também a razão da manutenção da excepção para o regime de separação de bens¹²³⁴. Considerando que as dívidas comerciais previstas na al. d) do n.º 1 do art. 1691.º são comuns não se compreende, atendendo à autonomia patrimonial entre os cônjuges em qualquer regime de bens, a consagração de uma regulamentação especial para o regime de separação. Tanto mais que, mesmo neste regime, e sendo comum a dívida, poderia demonstrar-se a não existência de proveito comum para afastar a aplicação da mesma norma. A admitir-se, o que nos custa aceitar, a comunicabilidade da dívida, para protecção do credor, seria para qualquer regime de bens, sendo o factor de não comunicabilidade o proveito comum.

A razão do afastamento da responsabilização de ambos os cônjuges no regime de separação, e que nos parece acertado em qualquer regime de bens, prende-se com uma maior independência patrimonial entre os cônjuges. Mesmo que a dívida beneficie o outro cônjuge, havendo proveito comum, a dívida poderá sempre ser comum, nomeadamente, nos termos da al. c) do n.º 1 do art. 1691.º.

Como referimos, não está excluída a comunicabilidade nesses casos, mas tal ocorre não por a dívida ser comercial mas por ser contraída em proveito comum. Há, porém, como vimos, jurisprudência contrária a este nosso entendimento, ao considerar que a al. c) do n.º 1 do art. 1691.º só poderia aplicar-se se a dívida não for contraída no exercício do comércio, pois, se o for caberá na al. d) do n.º 1 do mesmo artigo que exclui o regime de separação de bens. Se a ideia até poderá ter alguma razão face à actual regulamentação, deixaria de ter fundamento se não existisse a referida al. d), como propomos.

¹²³⁴ A razão apresentada para a excepção prende-se com o facto de se os rendimentos advindos da actividade comercial são bens próprios não se justificaria a comunicabilidade do passivo. Só que é frequente que os rendimentos profissionais do comerciante casado em separação de bens sejam utilizados nas despesas familiares ou em proveito comum do casal.

Além disso, se se eliminasse a al. d) do n.º 1 do art. 1691.º, a protecção financeira da família e a obtenção de crédito, que justificam o regime especial das dívidas contraídas no exercício do comércio, não seriam significativamente afectadas. Na realidade, muito provavelmente, os credores do cônjuge comerciante continuariam a poder responsabilizar ambos os cônjuges por via da al. c) do mesmo n.º 1 do art. 1691.º, desde que provassem que a dívida fora contraída na constância do matrimónio pelo cônjuge administrador, nos limites dos poderes de administração e em proveito comum do casal. É evidente que a vantagem da al. d) do n.º 1 do art. 1691.º, face à al. c) do mesmo artigo, decorre da maior protecção concedida ao credor no caso da al. d), uma vez que, ao contrário do que ocorre na al. c), o credor não tem de fazer prova do proveito comum para responsabilizar ambos os cônjuges. Mas é, aliás, o que acontece no regime de separação de bens¹²³⁵ e o que acontece no exercício de qualquer outra profissão.

Acresce que, haverá sempre possibilidade de recurso a instrumentos de crédito tão eficazes e diversificados que podem atingir o mesmo objectivo de tutela do crédito. Não vemos razão, atendendo à independência recíproca entre os cônjuges, para não vigorar o mesmo regime para os regimes de comunhão ou de vigorar este regime específico para o exercício do comércio.

Finalmente, ao nível comercial e societário, a realidade demonstra que a tendência é a da limitação das responsabilidades, mediante a opção pelas sociedades anónimas ou por quotas ou pela sociedade por quotas unipessoal, em vez do comerciante individual e até do estabelecimento individual de responsabilidade limitada (e.i.r.l.), quase não existindo sociedades em nome colectivo. Se assim é, se se visa a separação de patrimónios, traduzida não só na independência patrimonial entre os cônjuges (como já referimos), mas também na separação entre o património de cada um dos cônjuges e o “património profissional”, não se justifica a manutenção de uma solução desfasada da realidade que é a da responsabilidade comum pelas dívidas comerciais (art. 1691.º, n.º 1, al. d)).

No Cód. Civil francês, no âmbito do regime supletivo de comunhão de adquiridos, a impenhorabilidade dos rendimentos profissionais de cada um dos cônjuges (art. 1414.º, 1.º, do Cód. Civil francês) assegura também a liberdade profissional, prevista no art.

¹²³⁵ Com a vantagem de se passar a admitir, na perspectiva daqueles autores e jurisprudência que afastam da comunicabilidade as dívidas comerciais contraídas por cônjuge casado em regime de separação de bens, a comunicabilidade da dívida no regime de separação de bens no caso de ser contraída no exercício do comércio (por recurso às als. b) e/ou c) do n.º 1 do art. 1691.º). De facto, desaparecendo a al. d) já nada se oporia à aplicação das outras alíneas.

223.º do Cód. Civil francês (o cônjuge do comerciante nunca responde com os seus rendimentos por uma dívida comercial contraída pelo outro - salvo se ambos os cônjuges praticarem a mesma actividade comercial e agrícola, pois aí entende-se que se obrigam solidariamente). Além do mais, tais valores são administrados por cada um dos cônjuges, pelo que a dívida contraída por um não deve onerar bens administrados pelo outro. Ora, é também isto que pretendemos defender para o ordenamento jurídico português.

Tal como Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, pensamos que, paralelamente à sugestão de considerar as dívidas contraídas no exercício do comércio como dívidas próprias do comerciante, deveria propor-se a hipótese de os frutos do exercício do comércio serem tratados como bens próprios do comerciante e não como bens comuns¹²³⁶. Caso contrário, o cônjuge do comerciante evitava os riscos e os prejuízos e usufruía da sua parte nos proventos da actividade comercial. Ora, considerando a dívida própria do cônjuge que a contraiu seriam afectados ao pagamento da mesma os frutos gerados no exercício da actividade comercial, que passariam a ser bens próprios e não comuns.

É, aliás, isso que acontece no direito italiano, onde são consideradas próprias as dívidas assumidas por um cônjuge no exercício da sua profissão (sendo que os bens relativos à profissão não integram a comunhão - art. 179.º, al. d), do Cód. Civil italiano – e os proventos resultantes da actividade profissional não integram a comunhão imediata – art. 177.º, al. c), do Cód. Civil italiano) e as dívidas contraídas no exercício da empresa individual de um dos cônjuges (atendendo ao art. 178.º do Cód. Civil italiano que exclui a *azienda individuale* dos bens da comunhão).

E o mesmo acontece no domínio do fundo patrimonial (arts. 167.º e segs. do Cód. Civil italiano), como oportunamente já mencionámos.

Mais próxima da nossa regulamentação, o direito espanhol, ainda que não regulando propriamente as dívidas contraídas no exercício do comércio, considera dívidas da comunhão as resultantes da exploração regular de um negócio (privativo do cônjuge) ou do desempenho de uma profissão, arte ou ofício de cada cônjuge (o que se justifica dado que os proveitos resultantes destas actividades ingressam no património comum – art. 1347.º, 1.º, do Cód. Civil espanhol) - arts. 1362.º, 4.º, e 1365.º, 2.º, do Cód. Civil espanhol. Trata-se dos gastos necessários para a exploração da actividade profissional

¹²³⁶ Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 456.

(não sendo necessário que o cônjuge seja o seu titular, bastando ser interessado) mas que não comprometam seriamente a subsistência da sociedade conjugal. Exige-se, além da dívida ser contraída no exercício da administração ordinária, que seja adequada à natureza do negócio ou profissão atendendo à normal diligência de um empresário ou profissional. A regulação das dívidas relativas ao exercício de profissão, arte ou ofício é uma consequência de os rendimentos decorrentes do exercício dessas actividades serem comuns. Visa sobretudo evitar as dificuldades que o cônjuge poderia encontrar ao desenvolvimento da sua actividade, ao limitar a sua solvabilidade face aos credores. Repare-se, porém, que não há uma referência expressa ao exercício do comércio, valendo a referida regulamentação para o exercício profissional de qualquer actividade.

Quanto às dívidas do cônjuge comerciante contraídas no exercício do comércio (art. 1365.º, 2.º, § 2.º, do Cód. Civil espanhol), a Lei de 2 de Maio de 1975, que alterou os arts. 6.º e 9.º do *Código de Comercio*, veio estabelecer que nenhum dos cônjuges necessita de autorização para o exercício do comércio e fixou um regime de responsabilidade relativo aos proveitos do comércio (*resultas del comercio*). Os arts. 6.º a 12.º do *Código de Comercio* contêm o regime patrimonial do comerciante casado. Importa chamar a atenção para o facto de que a regulamentação comercial do *Código de Comercio* está voltada para a comunhão de adquiridos e não para a separação de bens nem para o regime de participação nos adquiridos. De facto, e ainda que os arts. 9.º a 11.º do *Código de Comercio* regulem o consentimento expresso do cônjuge do comerciante para vinculação dos seus bens próprios, as restantes normas que constituem o núcleo dos arts. 6.º a 12.º do mesmo código baseiam-se no regime de comunhão ao regularem a responsabilidade e a disposição dos bens comuns (como *gananciales* e não em compropriedade).

Assim, pelas obrigações contraídas pelo cônjuge comerciante no exercício do comércio respondem os bens próprios do cônjuge comerciante (art. 1911.º do Cód. Civil espanhol) e os bens adquiridos com os proveitos da actividade comercial (seja directamente seja pela verificação de sub-rogação real desses bens ou direitos, e independentemente do seu ulterior destino). Para que os restantes bens comuns sejam responsáveis é necessário o consentimento de ambos os cônjuges e para responsabilizar os bens próprios do cônjuge do comerciante¹²³⁷ é necessário o consentimento, expresso

¹²³⁷ Entende-se que ao prestar tal consentimento os bens próprios do cônjuge do comerciante ficam solidariamente obrigados pela dívida. Pode, porém, manifestar que limita essa responsabilidade a apenas alguns dos seus bens próprios ou que esta será apenas subsidiária, como já referimos.

e em cada caso, deste (consentimento que, obviamente, só tem reflexos ao nível da responsabilidade dos bens e não no exercício da actividade). Para evitar o tratamento diferenciado do comerciante e de outro qualquer profissional, facilita-se a responsabilidade dos bens comuns, presumindo-se outorgado o consentimento pelo cônjuge do comerciante, se o comerciante exerce o comércio com o conhecimento e sem oposição expressa daquele ou quando antes do casamento já o exercia e continuou a exercer sem oposição do outro (arts. 7.º e 8.º do *Código de Comercio*). Tratando-se de dívida contraída com o consentimento de ambos os cônjuges o *Código de Comercio* não traz qualquer inovação face ao Código Civil, onde pelas dívidas de ambos os cônjuges respondem também os bens comuns (arts. 1367.º e 1369.º do Cód. Civil espanhol). Aliás, muitas decisões jurisprudenciais limitam-se a resolver as questões colocadas por recurso apenas à lei civil muito embora se trate também de dívidas contraídas no exercício da actividade comercial de um dos cônjuges mas com o consentimento do outro.

Porém, não existindo tal consentimento, por oposição do cônjuge ou revogação do consentimento prestado, os bens comuns apenas respondem nos exactos termos do art. 1373.º do Cód. Civil espanhol e na falta de bens próprios do devedor comerciante e dos bens adquiridos com proveitos da actividade comercial. Portanto, o regime do exercício da actividade comercial é mais benéfico para os cônjuges, não protegendo tanto os interesses dos credores, exactamente ao contrário do que acontece entre nós.

É, porém, difícil de compreender as razões porque se seguem critérios diferentes para regular as dívidas decorrentes do exercício normal das profissões em geral (art. 1365.º, 2.º, do Cód. Civil espanhol, e que responsabilizam todos os bens comuns) e um outro para a profissão mercantil (que apenas responsabilizam, em princípio, os bens comuns decorrentes da actividade mercantil)¹²³⁸. Em todo o caso, e apesar da presunção do outro cônjuge para responsabilizar os bens comuns, e, assim, obter um resultado idêntico ao das restantes profissões, não parece, tal como entre nós, existir fundamento para manter um regime distinto ou privilegiado para o comerciante (e, neste caso, com prejuízo dos credores).

¹²³⁸ Pode pensar-se que se valora o facto de a empresa ser ela mesma um bem comum e que a exploração regular dos seus negócios constitui uma dívida comum, nos termos do art. 1362.º, 4.º, do Cód. Civil espanhol. Ou então que o exercício do comércio implica um risco de perda maior que o exercício de outra profissão. V., Abelló Margalef, *loc. cit.*, p. 808. Se seguirmos este entendimento mais se justifica o afastamento da al. d) do n.º 1 do art. 1691.º do nosso Cód. Civil.

Já chamámos também a atenção para o facto de o art. 6.º do *Código de Comercio* não determinar qual o património que a título definitivo responde pela dívida, pelo que recorrer-se-á à lei civil. Com efeito, dispõem os arts. 1362.º, 3.º e 4.º, e 1365.º, 2.º, do Cód. Civil espanhol, que as dívidas contraídas no exercício do comércio são dívidas pelas quais o património comum responde directamente e responde a título definitivo. Ora, isto independentemente da dívida ser ou não contraída com o consentimento do cônjuge do comerciante. Por isso, a oposição do cônjuge do comerciante, deixa de ter relevo, já que com ela ou sem ela, as dívidas contraídas pelo cônjuge comerciante são sempre um encargo definitivo do património comum.

Regressando ao nosso ordenamento jurídico, também o art. 1694.º consagra a comunicabilidade das dívidas em função do regime de bens, ou seja, referindo os bens comuns ou os rendimentos comuns está a fazer expressa referência aos regimes de comunhão. Aí se determina, por um lado, que as dívidas que oneram bens comuns responsabilizam ambos os cônjuges; e, por outro lado, que as dívidas que oneram bens próprios são da exclusiva responsabilidade do cônjuge titular desses bens. Quanto às primeiras, o regime é o mesmo quer as dívidas sejam anteriores ou posteriores ao casamento, a fim de evitar que os credores das dívidas anteriores sejam prejudicados nas suas expectativas, pois contariam, naturalmente, com a responsabilidade dos bens por inteiro, para a realização do seu crédito, e não apenas com a agressão ao direito a uma quota ideal desses bens, dado os bens, próprios no momento da contracção da dívida, passarem a ser bens comuns em virtude do regime de bens estipulado no casamento.

Também no direito italiano, a al. a) do art. 186.º do Cód. Civil italiano dispõe que respondem os bens comuns pelas dívidas relativas aos encargos e onerações (*pesi ed oneri*) que pesam sobre os bens comuns no momento da sua aquisição, ou seja, se os bens que ingressarem na comunhão estiverem onerados com qualquer encargo, os bens comuns (todos e não apenas os onerados) respondem por ele. Constituiu, portanto, uma garantia para o credor que pode executar todo o património comum. Pode questionar-se o porquê do legislador responsabilizar os bens comuns nesses casos, ou seja, tratando-se de obrigação *propter rem*, para além do bem onerado, em caso de alienação deste, há responsabilidade solidária do devedor, nos termos gerais (art. 2740.º do Cód. Civil italiano). Ora, se apenas um dos cônjuges contraiu a dívida, para além do bem onerado, poderia apenas responder o património próprio do devedor. Porém, o legislador entendeu que em vez de obrigar o credor a executar o património próprio do devedor, como seria se a dívida em causa não fosse comum, melhor seria obrigar logo o bem

onerado e os bens comuns. Trata-se, assim, de uma oneração real que se distingue da normal obrigação *propter rem*¹²³⁹.

Pode duvidar-se da necessidade sentida pelo legislador de tutelar assim o interesse destes especiais credores, quando o mesmo receio seria justificável em relação a todas as dívidas pessoais anteriores ao casamento, a todos os credores dos nubentes que casam em comunhão geral e ficam sem bens próprios para garantir as suas dívidas¹²⁴⁰. Julgamos que o regime especial concedido a estas dívidas prende-se com a conexão existente em relação a um determinado bem, ou seja, o bem é a garantia do pagamento da dívida. Parece-nos, contudo, que a garantia dos credores deveria estar não no âmbito da responsabilidade pessoal de ambos os cônjuges, mas no campo da responsabilidade patrimonial. Ou seja, mesmo considerando as dívidas anteriores ao casamento como próprias do cônjuge devedor, os credores podem responsabilizar, além do próprio bem em causa onerado com uma garantia, e não havendo bens próprios, os bens comuns levados para o casamento, nos termos do art. 1696.º, n.º 2, al. a). Além disso, pode também o credor, e na falta destes bens, executar a meação do cônjuge devedor (art. 1696.º, n.º 1, 2.ª parte). O credor terá sempre a possibilidade de executar o bem onerado em causa, além de poder responsabilizar os bens próprios do seu devedor e os bens comuns, nos termos analisados.

Não se tratando apenas de bens comuns onerados com garantias reais, o ordenamento espanhol prevê no § 2.º do art. 1362.º do Cód. Civil espanhol, como um encargo da comunhão, as dívidas relativas à aquisição, manutenção e utilização dos bens comuns.

Por sua vez, o art. 1370.º do Cód. Civil espanhol fixa um especial regime de responsabilidade ao dispor que, no caso de aquisição a prestações de um bem comum adquirido por um dos cônjuges sem consentimento do outro, responde pela dívida o bem adquirido, sem prejuízo dos outros bens segundo as regras do Cód. Civil. Portanto, deve tratar-se da aquisição, por compra a prestações, de um bem comum (arts. 1356.º e

¹²³⁹ A comunhão responde também pelos encargos que oneram os bens comuns no momento da sua aquisição. Os encargos constituídos depois responsabilizam, em princípio, os bens próprios do cônjuge que contraiu a dívida (salvo se se incluírem nas als. b) e/ou d) do art. 186.º do Cód. Civil italiano). Assim, quando um bem imóvel, no momento da aquisição, e integrando a comunhão, está onerado com uma hipoteca, a dívida em causa será comum. Se, pelo contrário, o bem no momento da aquisição é livre, não estando onerado com qualquer hipoteca, a constituição ulterior de uma hipoteca voluntária constituiu um acto de administração extraordinária e, por isso, se contraído por um dos cônjuges sem a colaboração do outro, só a esse obriga, tratando-se de uma dívida própria (art. 189.º, 1.º, do Cód. Civil italiano). Ou seja, o credor hipotecário, além do bem (que será comum) onerado com a hipoteca constituída por um só dos cônjuges, apenas pode executar bens próprios do cônjuge que contraiu a hipoteca (salvo se o credor exigiu que ambos os cônjuges assumissem a obrigação, como é frequente na prática bancária).

¹²⁴⁰ Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 458.

1361.º do Cód. Civil espanhol). Depois, a aquisição deve dar-se no decurso do casamento. Finalmente, a aquisição deve ser realizada por um dos cônjuges sem o consentimento do outro (se existisse, a dívida caberia no art. 1367.º do Cód. Civil espanhol), ou seja, não só no caso de ignorância do outro cônjuge, mas também no caso de oposição expressa ao negócio de aquisição (ainda que esta não seja necessária). Neste caso, a dívida circunscreve-se, portanto, ao pagamento das prestações do preço e o regime da responsabilidade previsto no art. 1370.º do Cód. Civil espanhol é a esta dívida que se refere (e onde deve incluir-se também os juros ou qualquer outro gasto acessório daquela dívida).

O artigo em causa refere que o bem adquirido responderá sempre por essa dívida. Não se trata, porém, de um privilégio concedido ao credor da compra a prestações face aos outros credores, diferentemente do que decorre do art. 1922.º, 1.º, do Cód. Civil espanhol, nem a atribuição de um direito real de garantia (penhor, hipoteca...), que seria incompatível com o sistema de publicidade legal (arts. 1865.º e 1875.º do Cód. Civil espanhol). O que o legislador faz é simplesmente indicar o bem pelo qual o credor pode obter o seu pagamento: o bem adquirido, que é comum, mas não o resto do património comum (caso contrário, não teria sentido a especificação em causa).

Entende-se que o art. 1370.º do Cód. Civil espanhol visa introduzir uma correcção ao art. 1369.º do mesmo código, no sentido de que em vez de responderem os bens comuns, apenas responde o bem comum adquirido a prestações, mantendo-se a responsabilidade solidária, com este, dos bens próprios do cônjuge adquirente e devedor. Ou seja, a dívida integra o art. 1373.º do Cód. Civil espanhol, com a ressalva (e, por isso, não é propriamente dívida própria) de o credor poder executar o bem comum adquirido sem esgotar os bens próprios do devedor e sem que haja dissolução e liquidação da comunhão conjugal¹²⁴¹.

É evidente que o art. 1370.º do Cód. Civil espanhol é uma norma favorável ao cônjuge que não deu o consentimento para a compra a prestações e desfavorável ao credor que deixa de ter a protecção conferida pelo art. 1369.º do mesmo código. Entende-se, todavia, que deve fazer-se uma interpretação restritiva deste art. 1370.º do Cód. Civil espanhol, não o aplicando no caso de compras que se incluam no âmbito do exercício do governo doméstico (arts. 1319.º, 1369.º, 1.º, e 1368.º, do Cód. Civil espanhol). Repare-se que no exercício do poder doméstico nenhum dos cônjuges carece

¹²⁴¹ M.ª del Carmen Pastor Álvarez, *ob. cit.*, p. 381.

do consentimento do outro para responsabilizar os bens comuns (cfr., o art. 1365.º, 1.º, do Cód. Civil espanhol).

A segunda regra, prevista no n.º 2 do art. 1694.º do nosso Cód. Civil, comporta uma ressalva: o facto de os bens serem próprios não impede, nos regimes de comunhão, que sejam comuns os respectivos rendimentos e, assim, sempre que a dívida, onerando bens próprios, tenha por causa a percepção dos respectivos rendimentos, e estes sejam comuns, ela responsabilizará ambos os cônjuges. Há, portanto, que distinguir se a dívida está relacionada com o bem em si ou com a percepção dos rendimentos desses bens.

No ordenamento jurídico francês, e de acordo com o art. 1415.º do Cód. Civil francês, na falta de acordo do outro, um cônjuge apenas obriga os seus bens próprios e os rendimentos destes no caso de contracção de empréstimo ou de concessão de fiança. Havendo o consentimento do outro cônjuge, respondem também os bens comuns mas não os bens próprios do cônjuge que apenas deu o seu consentimento (salvo se, para além do mero consentimento, também se obrigou pela dívida do empréstimo). Tal como certos actos de disposição exigem o consentimento de ambos os cônjuges (arts. 1422.º, 1424.º e 1425.º do Cód. Civil francês) também certas dívidas apenas responsabilizam os bens comuns se existir esse consentimento.

Entre nós, o consentimento não produz efeitos nos termos do art. 1694.º, mas pode implicar, nos termos do art. 1691.º, n.º 1, al. a), e art. 1695.º, a responsabilidade solidária ou conjunta dos cônjuges, consoante o regime de bens. Ou seja, o cônjuge que se limitou a prestar o consentimento responde também pessoalmente pela dívida, mesmo que a ela não se tenha obrigado.

Também o ordenamento jurídico alemão, no regime de comunhão geral, considera que as dívidas que oneram bens próprios e pagas com os respectivos rendimentos são comuns. De facto, os § 1440.º e 1462.º do BGB (*Haftung für Vorbehalts- oder Sondergut*) referem a responsabilidade dos bens reservados ou dos bens próprios, determinando uma outra excepção aos §§ 1437.º e 1459.º do BGB, dispondo que o património comum não responde pelas dívidas derivadas, no decurso da comunhão, de direitos ou da titularidade de bens pertencentes ao património reservado ou próprio do cônjuge não administrador, ou de qualquer um dos cônjuges no caso da administração conjunta, salvo se se tratar de negócio jurídico de aquisição desses bens praticado pelo cônjuge de maneira independente e com o consentimento do cônjuge administrador (ou do outro cônjuge tratando-se de administração conjunta) ou quando a dívida seja um encargo que onera os bens próprios e seja paga com os respectivos rendimentos.

Portanto, no caso de dívidas relativas a bens próprios, o disposto nos §§ 1441.º, 2.º, e 1463.º, 2.º, do BGB, não terá aplicação se as dívidas forem pagas com os rendimentos dos respectivos bens (§§ 1442.º e 1464.º do BGB). O mesmo se aplica se as mesmas dívidas derivarem de um negócio jurídico de aquisição praticado por conta do património comum.

É fundamentalmente ao nível da responsabilidade patrimonial, e sobretudo no caso de dívidas comuns (art. 1695.º do nosso Cód. Civil), que a lei distingue os regimes de comunhão e o de separação .

Estipula o art. 1695.º que pelas dívidas comuns respondem, em primeiro lugar, nos regimes de comunhão, os bens comuns, que integram um verdadeiro património colectivo, especialmente afectado à satisfação das necessidades da sociedade conjugal. Na falta ou insuficiência de bens comuns respondem, subsidiariamente, os bens próprios de qualquer dos cônjuges e, vigorando um dos regimes de comunhão, respondem solidariamente, podendo o credor agredir indiferentemente o património próprio de qualquer dos cônjuges.

No direito italiano, no regime de comunhão legal, pelas dívidas comuns respondem os bens comuns e os cônjuges mas na medida da metade do crédito (art. 190.º do Cód. Civil italiano). Por outro lado, no regime de separação de bens cada um dos cônjuges está obrigado ao pagamento solidário da dívida contraída para ocorrer às necessidades da vida familiar, em proporção com a capacidade contributiva de cada cônjuge, de acordo com o regime patrimonial primário. O que conduziria a uma diferença desigual de tratamento dos credores consoante o regime matrimonial (em sentido inverso ao nosso art. 1695.º)¹²⁴².

No ordenamento jurídico espanhol, as dívidas de um dos cônjuges que sejam também dívidas da comunhão responsabilizam também os bens desta solidariamente (arts. 1365.º a 1368.º do Cód. Civil espanhol). Nas hipóteses do art. 1365.º do Cód. Civil espanhol há uma responsabilidade solidária do património comum e do património próprio do cônjuge que contraiu a dívida. Ambos respondem directamente perante o credor (que pode penhorar também os bens comuns, ainda que, dada a falta de personalidade jurídica da comunhão, a acção deva ser intentada contra o cônjuge devedor): o património próprio do cônjuge porque é este o devedor; o património comum porque se trata de dívida relativa às despesas normais da comunhão. Acresce

¹²⁴² E que deu origem à divergência doutrinal e jurisprudencial existente em Itália, como já referimos e para cuja análise remetemos.

ainda que, tratando-se de dívida que tenha a sua origem no exercício do poder doméstico, há uma responsabilidade subsidiária do património próprio do outro cônjuge (art. 1319.º do Cód. Civil espanhol). Repare-se que esta responsabilidade do outro cônjuge é apenas subsidiária e somente no caso das dívidas relativas aos encargos da vida familiar. Pelas dívidas previstas no art. 1319.º do Cód. Civil espanhol (aplicável a qualquer regime de bens) respondem, solidariamente, os bens comuns e os bens próprios do cônjuge que contraiu a dívida e, subsidiariamente, os bens do outro cônjuge. Respondem os bens comuns pois os negócios relativos às necessidades ordinárias da família são negócios relativos aos encargos inerentes à vida familiar (art. 1362.º do Cód. Civil espanhol); e respondem os bens próprios do cônjuge que contraiu a dívida pois, face ao credor, é esse o devedor e terá de responder pelas suas obrigações (art. 1911.º do Cód. Civil espanhol). Favorece-se, assim, a posição do credor, permitindo-se-lhe executar qualquer um desses bens. A par disso, estabelece-se uma responsabilidade subsidiária do outro cônjuge, a quem incumbe também suprir as necessidades familiares. Este, porém, só responderá quando não existam bens comuns ou próprios do outro ou quando tais bens sejam insuficientes para pagar a totalidade da dívida.

Apesar de o art. 1319.º do Cód. Civil espanhol se basear no art. 220.º do Cód. Civil francês, o regime da responsabilidade é diferente deste. Com efeito, neste se estabelece a responsabilidade solidária dos cônjuges pelo pagamento da dívida, enquanto que o art. 1319.º do Cód. Civil espanhol estabelece a solidariedade entre o património comum e o próprio do cônjuge devedor e subsidiariamente a do outro cônjuge. Aliás, a responsabilidade solidária de ambos os cônjuges pelas dívidas relativas aos encargos normais da vida familiar é estipulada nos restantes ordenamentos aqui referidos (art. 220.º do Cód. Civil francês, arts. 143.º e 186.º, al. c), do Cód. Civil italiano, § 1357.º do BGB, e arts. 1691º, n.º 1, al. b), e 1695.º do Cód. Civil português).

O ordenamento jurídico espanhol, e apesar de o art. 1367.º do Cód. Civil espanhol apenas referir que os bens comuns respondem “em todo o caso” (ou seja, independentemente da natureza da dívida e da finalidade prosseguida na contracção da mesma, que pode mesmo ser o interesse de apenas um dos cônjuges, sem prejuízo, neste caso, de ulteriores compensações), considera que também pelas dívidas contraídas pelos dois cônjuges respondem directa e solidariamente os bens comuns, nos termos do art. 1369.º do Cód. Civil espanhol. Aqui distinguimos se a dívida foi contraída pelos dois cônjuges ou por um com o consentimento do outro: se ambos contraíram a dívida, ambos respondem com os seus patrimónios próprios (art. 1911.º do Cód. Civil

espanhol), solidariamente com o património comum, e não solidariamente com o outro cônjuge (diferente é o nosso art. 1695.º); se um contrair a dívida com o consentimento do outro o património deste não deve ficar obrigado pelo pagamento da dívida.

Por regra, no direito alemão, no regime de comunhão, pelas dívidas contraídas pelos cônjuges respondem os bens comuns, sendo dívidas da comunhão (*Gesamtgutsverbindlichkeiten*). A regra é a da responsabilidade dos bens comuns, e do cônjuge administrador ou de ambos os cônjuges administradores, pelas dívidas contraídas pelos cônjuges (no decurso da comunhão). Porém, há certas dívidas pelas quais o património comum não responde (§§ 1438.º a 1440.º e 1460.º a 1462.º do BGB). Desde que não excluídas por tais normas, as dívidas responsabilizam o património comum e o cônjuge administrador ou, no caso de administração conjunta, ambos os cônjuges.

Portanto, o património comum responde pelas dívidas contraídas pelo cônjuge administrador e, salvo se outra coisa decorrer dos §§ 1438.º a 1440.º do BGB (ou dos §§ 1460.º a 1462.º do BGB, no caso de administração conjunta), pelas contraídas pelo cônjuge não administrador, no caso de administração singular, ou por ambos os cônjuges, no caso de administração conjunta (§§ 1437.º e 1459.º do BGB - *Gesamtgutsverbindlichkeiten; persönliche Haftung*). Há, porém, certas dívidas contraídas pelo cônjuge não administrador (na administração singular - §§ 1438.º a 1440.º do BGB) ou por ambos os cônjuges (administração conjunta - §§ 1460.º a 1462.º do BGB) que não são dívidas comuns não respondendo por elas os bens comuns (nem solidariamente os bens próprios do cônjuge administrador, na administração singular, ou de ambos os cônjuges, na administração conjunta). Verificando-se uma das exceções referidas o credor não pode executar os bens comuns, mas apenas os bens próprios e reservados do cônjuge (não administrador ou, na administração conjunta, qualquer um dos cônjuges).

Como já vimos, o cônjuge administrador, no caso de dívidas contraídas pelo outro que responsabilizam o património comum, é também responsável solidariamente pelas mesmas com os seus bens próprios (§ 1437.º, 2.º, do BGB). Por outro lado, no caso de administração por ambos os cônjuges, cada um deles será responsável pelas dívidas contraídas pelo outro, como devedor solidário (§ 1459.º do BGB), e se nas relações internas a dívida deve ser da responsabilidade de um dos cônjuges, a obrigação de pagamento do outro desaparece com o fim da comunhão. É a contrapartida pelos poderes de administração atribuídos ao cônjuge ou aos cônjuges.

Por sua vez, o art. 1696.º do nosso Cód. Civil determina os bens que respondem pelas dívidas da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges, válido para todos os regimes de bens, embora especialmente apontado, num dos seus (antigos) traços essenciais, para os regimes de comunhão. Por essas dívidas respondem, em primeiro lugar, os bens próprios do cônjuge devedor e só subsidiariamente a sua meação nos bens comuns.

Na execução para pagamento de uma dívida própria, a penhora há-de recair primeiramente sobre os bens próprios do cônjuge devedor. Só se estes não existirem ou se o seu valor não for suficiente para pagamento da dívida, é que o credor pode penhorar também os bens comuns previstos no n.º 2 do art. 1696.º, ainda que possa requerer imediata e conjuntamente com os bens próprios a penhora dos referidos bens comuns. Tais bens não deixam de ser comuns e, por isso, se eles responderem por uma dívida própria, haverá uma compensação ao património comum. O que nos leva a entender que se os bens próprios forem suficientes não pode o credor exigir a penhora daqueles bens comuns para satisfazer o seu crédito. É evidente que existência de uma compensação implicará já um relacionamento entre o património próprio do cônjuge devedor e o comum que não afecta a relação com os credores. E a possibilidade desses bens responderem ao mesmo tempo que os bens próprios do cônjuge devedor representa uma garantia aos credores (com esses bens comuns conseguirão fazer face à insuficiência dos bens próprios). Mas se a dívida é própria e existem bens próprios suficientes para a suportar, a garantia dos credores já é assegurada com esses bens sem necessidade de afectar os bens comuns (e a consequente dissolução e necessária liquidação da comunhão).

Pelas dívidas consideradas próprias no direito italiano respondem os bens próprios do cônjuge devedor e, subsidiariamente, a meação deste nos bens comuns (“...*in via sussidiaria sui bene della comunione, fino al valore corrispondente alla quota del coniuge obbligato*” – art. 189.º, 2.º, do Cód. Civil italiano).

A possibilidade do credor do cônjuge poder penhorar bens comuns, introduzida pela Reforma de 1975, constitui obviamente um reforço da garantia dos credores pessoais do cônjuge, que à garantia geral do art. 2740.º do Cód. Civil italiano vêm acrescentar a meação do devedor nos bens comuns, não obstante a preferência dada aos credores comuns no art. 189.º, 2.º, *in fine*, do Cód. Civil italiano (apesar da deficiente competência técnica do legislador na redacção do art. 189.º, já que os dois parágrafos são idênticos). De facto, se os credores pessoais não pudessem executar a meação do

cônjuge devedor, na insuficiência de bens próprios, o regime de comunhão permitiria facilmente ao cônjuge que contraísse dívidas antes do casamento e investisse a soma correspondente, no decurso do casamento, na aquisição de bens que integrassem o património comum, retirar a garantia patrimonial aos credores pessoais.

Pelas dívidas próprias previstas no direito espanhol determina o art. 1373.º do Cód. Civil espanhol a responsabilidade do património próprio do cônjuge que contraiu a dívida. Se os bens próprios do devedor não forem suficientes para o pagamento da dívida o credor pode executar os bens comuns. O que não deixa de ser ainda a tradução da regra do art. 1911.º do Cód. Civil espanhol, dado que a parte nos bens comuns que cabe ao cônjuge devedor também lhe pertence (ainda que não definida antes da liquidação da comunhão). Repare-se que a execução incide sobre os bens comuns, ainda que limitados à parte que cabe ao devedor no património comum, mas não, de princípio, sobre a meação do cônjuge devedor (situação que só ocorre no caso de liquidação se o outro cônjuge embargar a execução). O que se compreende dado que o património comum constitui um património de mão comum, não sendo possível determinar o que é de cada cônjuge sem a sua liquidação e respectiva partilha. Como no nosso ordenamento jurídico, quando haja penhora de bens comuns sem que o cônjuge não executado se pronuncie na execução nem requeira a separação de bens (v., o art. 1696.º, n.º 1, do Cód. Civil, e art. 825.º do Cód. de Processo Civil), em que a execução prossegue sobre os bens comuns penhorados (e não especificamente sobre a meação do devedor, não implicando, assim, a liquidação e partilha da comunhão), no ordenamento jurídico espanhol é possível o pagamento aos credores pessoais do cônjuge por bens comuns (e não exactamente a meação que cabe ao devedor), sem liquidação da comunhão. Melhor ficariam acautelados os interesses do cônjuge não devedor se na falta de bens próprios respondesse a meação do devedor nos bens comuns. É que ao permitir-se a execução sobre os bens comuns, os credores podem executar bens que pertencem a um terceiro à relação obrigacional (o não devedor), obrigando-o a adoptar uma posição de alerta, o que torna o preceito legal num instrumento de defesa da integridade patrimonial do cônjuge não devedor por dívidas próprias do cônjuge devedor. De facto, ao pretender executar bens comuns, na falta ou insuficiência dos bens próprios do devedor, será notificado o outro cônjuge que pode exigir a substituição dos bens comuns pela parte que cabe ao cônjuge devedor no património comum (situação em que a execução acarreta a dissolução da comunhão). Neste caso, a execução e penhora recaem sobre os bens que sejam adjudicados ao cônjuge devedor

em consequência da liquidação da comunhão (e que passaram a ser seus bens próprios), devendo o tribunal fixar um prazo razoável para a determinação desses bens, sob pena de a execução prosseguir sobre os bens comuns iniciais. Caso não exerça tal faculdade, a execução prossegue sobre os bens comuns penhorados. Pode ainda, apesar de não expressamente referido no art. 1373.º do Cód. Civil espanhol, o cônjuge não devedor indicar bens próprios do devedor que possam ser executados (por analogia com o art. 1832.º do Cód. Civil espanhol).

Tratando-se de uma dívida própria e não havendo bens do cônjuge devedor, o credor pode obter o pagamento mediante bens comuns (art. 1373.º do Cód. Civil espanhol). Se o cônjuge do devedor optar pela dissolução da comunhão, desse modo, a dívida que era própria na esfera externa torna-se comum na esfera interna, pelo que deve integrar o passivo do inventário (art. 1401.º do Cód. Civil espanhol) e ser paga com preferência (arts. 1398.º, 1.º, 1399.º, e 1403.º do Cód. Civil espanhol) para efeitos de liquidação e partilha da comunhão. Só quando a dívida seja própria quer na esfera interna quer na externa, o credor pessoal de um dos cônjuges não pode agredir os bens comuns concretos no referido caso de dissolução da comunhão e apenas se poderá contentar, depois da dissolução do casamento, com os bens adjudicados ao seu devedor.

Portanto, nos regimes de comunhão a protecção do terceiro credor sai mais favorecida, desde logo pelo facto de o art. 1695.º, n.º 1, do nosso Cód. Civil, fixar a responsabilidade do património comum pelas dívidas comuns, o que não existe no regime de separação. Por outro lado, a garantia patrimonial dos credores é acrescida dado que os cônjuges respondem solidariamente pelas dívidas comuns. Além disso, a lei prevê uma protecção acrescida nos regimes de comunhão ao credor comercial, como decorre do art. 1691.º, n.º 1, al. d). Porém, como já deixámos claro, não cremos que esta excessiva protecção se justifique actualmente. De facto, o que há a proteger é a família e o seu património e essa protecção pode atingir-se com uma responsabilização do cônjuge que contrai a dívida e, em casos especiais, do património comum ou do outro cônjuge.

De referir ainda que, no caso de dívidas próprias, o credor tem também uma garantia acrescida no caso de vigorar o regime de comunhão, dado que, existindo um património comum, além dos patrimónios próprios dos cônjuges podem os credores executar a meação do cônjuge devedor nos bens comuns (art. 1696.º).

3. A responsabilidade por dívidas no regime de separação de bens

A separação de patrimónios, que caracteriza o regime de separação, tem nas dívidas comerciais o máximo do seu significado. A al. d) do n.º 1 do art. 1691.º afasta expressamente do seu campo de aplicação o regime de separação de bens. A actividade comercial exercida por qualquer dos cônjuges, casado em regime de separação de bens, não aproveita forçosamente ao outro, nem legalmente responsabiliza os seus bens. Se é certo que mesmo no regime de separação de bens é possível ao credor provar, p. ex., face à al. c) do n.º 1 do art. 1691.º, que determinada dívida foi contraída em proveito comum do casal para o efeito de fazer responder ambos os cônjuges, já não poderá sustentar-se existir uma presunção de proveito comum quando se trate de dívidas contraídas por qualquer um dos cônjuges no exercício do comércio. É a tradução da ideia de que os cônjuges são estranhos um ao outro, do ponto de vista patrimonial (os riscos e insucessos de um não afectam o outro). Assim, segue a lei o entendimento de que pertencendo um dado estabelecimento comercial a um dos cônjuges casado em regime de separação de bens, a dívida praticada no exercício do comércio ou gestão desse estabelecimento será apenas para benefício do próprio bem e do seu dono, não havendo, à partida, hipótese de proveito comum mesmo que o casal viva desse estabelecimento. O que, no nosso entendimento, não obsta a que o credor venha provar que a dívida contraída, mesmo no regime de separação de bens e no exercício do comércio, se destinou a satisfazer os encargos normais da vida familiar ou foi contraída pelo cônjuge administrador em proveito comum, para efeitos de responsabilização de ambos os cônjuges, nos termos do art. 1691.º, n.º 1, als. b) e/ou c). A possibilidade de responsabilizar o outro cônjuge casado em regime de separação de bens, nos termos das als. b/ e/ou c) do n.º 1 do art. 1691.º, mesmo pelas dívidas previstas e excluídas pela al. d) no regime de separação, dependerá sempre do caso concreto.

O que não se percebe é o privilégio concedido ao comércio nos regimes de comunhão, tanto mais que nenhuma outra profissão goza do mesmo benefício. A que acresce ainda a dissintonia com as regras do Direito das Sociedades. Ou seja, não podem ambos os cônjuges, que constituíram uma sociedade entre si, assumir responsabilidade ilimitada (art. 1714.º, n.º 3, do Cód. Civil, e art. 8.º do Cód. das Sociedades Comerciais), mas podem, se não constituírem uma sociedade, aliarem-se na exploração de um estabelecimento comercial. E pelas dívidas daí resultantes já responde ilimitadamente cada um dos cônjuges se ambos o explorarem, de acordo com as regras

gerais (no regime de separação) ou mesmo o património comum (nos regimes de comunhão – art. 1691.º, n.º 1, al. d)).

Como referimos, no ordenamento jurídico francês, o art. 22.º-1 da Lei n.º 91-650, de 9 de Julho de 1991 (introduzido pelo art. 47.º-III da Lei n.º 94-126, de 11 de Fevereiro de 1994, a chamada lei *Madelin*), a propósito dos comerciantes em nome individual, concede ao devedor empresário em nome individual, no caso de uma dívida contratual relativa à sua actividade profissional, a possibilidade de orientar o *droit de poursuite* dos credores, ou seja, pode pretender que a execução recaia prioritariamente sobre os bens necessários à exploração da empresa (desde que o seu valor seja suficiente para garantir o pagamento do crédito, o credor não pode opor-se a esta exigência do seu devedor, salvo intenção danosa). Ora, se o empresário devedor estiver casado em regime de comunhão, dado a referida lei não fazer qualquer distinção, pode exigir o pagamento dos seus créditos profissionais sobre os bens profissionais, independentemente da sua natureza de bens próprios ou comuns (salvo havendo fraude, prevista no art. 1413.º do Cód. Civil francês, e sem prejuízo de uma eventual compensação).

Porém, e mesmo no regime de separação de bens, o exercício por um dos cônjuges de uma actividade profissional, comercial ou agrícola, e a colaboração do outro cônjuge nessa actividade, implica a possibilidade de os terceiros de boa fé se fundarem nesta aparência de comercialidade para responsabilizar ambos os cônjuges pelas dívidas contraídas no exercício dessa profissão. Ou seja, a jurisprudência entende que há uma presunção, assente nesta aparência de comercialidade, de que há uma exploração comum pelos cônjuges e, assim, ambos devem responder pelas dívidas assim contraídas¹²⁴³.

Por seu lado, o art. 1694.º, n.º 1, do nosso Cód. Civil, utiliza a expressão “bens comuns”. Já anteriormente demos o exemplo da aquisição, por recurso a empréstimo bancário com hipoteca, de um imóvel antes do casamento por ambos os nubentes e que constituirá a casa de morada da família. Independentemente de a dívida de pagamento das prestações poder ser comum por recurso ao art. 1691.º, n.º 1, al. b), parece-nos ser de incluir esta hipótese no art. 1694.º, dado que se trata de dívida que onera um bem

¹²⁴³ Jacques Leroy, *loc. cit.*, pp. 41 e 42, acrescenta que, a propósito do regime de separação de bens, há formas de proteger o credor que contrai uma dívida com um dos cônjuges, além de exigir a vinculação do outro: o mandato tácito ou aparente, a gestão de negócios ou o enriquecimento sem causa. São meios de permitir uma participação do outro cônjuge na dívida e, assim, responsabilizar também os bens deste.

pertencente a ambos os cônjuges. A dúvida reside em saber se no seu n.º 1 ou no n.º 2. Parece-nos que ao falar em bens comuns o legislador quis reportar-se ao património comum, pelo que o bem em compropriedade é um bem próprio de cada um dos cônjuges. Sendo assim, a posição do credor, que o legislador procurou acautelar, varia consoante a contracção da dívida foi um dia antes ou um dia depois do casamento celebrado num dos regimes de comunhão, sendo a matéria de facto a mesma. Se foi antes do casamento a dívida onerará um bem próprio de ambos os cônjuges, pelo que responde pela mesma, além do bem onerado com a hipoteca, os bens próprios de ambos os cônjuges comproprietários do bem, conjunta ou solidariamente, conforme se obrigaram, nos termos dos arts. 1694.º, n.º 2, e 1696.º, n.º 1. Se foi depois do casamento, pode o credor, demonstrando a comunicabilidade da dívida, executar a totalidade dos bens comuns e solidariamente os bens próprios dos cônjuges. Tem neste último caso uma garantia acrescida dado que pode executar todos os bens comuns (arts. 1694.º, n.º 1, e 1695.º, n.º 1).

Parece-nos uma desigualdade de tratamento que não se justifica. Aliás, a protecção conferida a estes credores, e como já referimos, não tem grande justificação, melhor sendo permitir ao credor executar o bem onerado, e que constitui a sua garantia, e os bens próprios do seu devedor, que podem ser ambos os cônjuges se conjunta ou solidariamente assumiram a dívida (como quaisquer outras pessoas podem contrair dívidas conjunta ou solidariamente). Além disso, será essa a situação existente na prática. Com efeito, tendo um credor uma garantia sobre um bem e que constitui título executivo, podendo imediatamente penhorá-lo, além de exigir o pagamento aos seus devedores (os cônjuges), subsidiariamente, não tem sentido que opte por intentar uma acção declarativa, com o objectivo de demonstrar a comunicabilidade da dívida, e só depois executar os bens comuns, incluindo, se for o caso, o bem hipotecado. Além de mais moroso é também processualmente mais dispendioso a nível de custas judiciais, o que não interessa ao credor. O que, à partida, poderia beneficiar o credor, permitindo-lhe uma maior garantia do que aquela que teria se a dívida não fosse contraída por cônjuges, já que pela dívida podiam responder os bens comuns, revela-se, na prática, sem grandes resultados.

Quanto à responsabilidade patrimonial, pelas dívidas consideradas comuns, respondem ambos os cônjuges, mas a responsabilidade dos bens próprios dos cônjuges não é solidária, a menos que, voluntariamente, se tenham obrigado como devedores solidários. A responsabilidade é, por isso, neste regime, conjunta, de acordo, aliás, com

a regra geral do art. 513.º. Assim, cada um dos cônjuges responde apenas pela parte da dívida que lhe compete ou pela parte do remanescente dela que lhe toque, na hipótese de uma parte da obrigação ter sido paga por bens de que ambos fossem contitulares. Assim, o art. 1695.º, n.º 2, traduz a maior autonomia patrimonial entre os cônjuges casados em regime de separação de bens. De referir que, no regime de separação, a lei não tem, especialmente, em consideração os bens dos cônjuges em compropriedade, ou seja, o credor pode exigir conjuntamente o pagamento da dívida aos cônjuges sejam os bens próprios ou, apesar de próprios, possuídos em compropriedade, não fixando qualquer prioridade destes em relação àqueles (o que também não fazia sentido, dado não se tratar de um património comum, de afectação especial, que responderia pelas dívidas comuns, como acontece nos regimes de comunhão).

A ideia da comunicabilidade da dívida (responsabilizando ambos os cônjuges) tem subjacente o facto de a mesma beneficiar ou poder beneficiar ambos os cônjuges e, com a comunicabilidade, proteger o credor que em vez de um só devedor tem dois. Acontece que no regime de separação de bens, sendo a dívida comum, não só respondem os cônjuges conjuntamente como o credor pode não obter o pagamento integral do seu crédito se um dos cônjuges não tiver bens. Ou seja, os interesses dos credores não foram particularmente considerados, ao contrário do que acontece nos regimes de comunhão, sendo de aplicar a regra geral da conjunção, e apenas essa responsabilidade conjunta, não existindo responsabilidade pessoal e integral do cônjuge que contraiu a dívida.

De facto, sendo a dívida contraída por apenas um dos cônjuges, mas da responsabilidade comum, nem o património do cônjuge que contraiu a dívida pode o credor executar na totalidade, afastando-se aqui da regra geral da garantia das obrigações (art. 601.º).

Entendemos que nada justifica o afastamento do regime geral em matéria de responsabilidade patrimonial. O cônjuge que contrai a dívida deveria responder na totalidade por ela. O credor está em pior posição sendo a dívida comum do que se ela fosse própria do cônjuge que a contraiu. Assim, deveria ser estabelecido o regime da conjunção, sem prejuízo de, e sobretudo no caso de falta de bens de um dos cônjuges, e tratando-se de dívida contraída por apenas um deles mas que a ambos os cônjuges responsabiliza, responder pela totalidade o cônjuge que a contraiu, surgindo um crédito face ao outro. Aliás, a lei não impede isso. Com efeito, o art. 1695.º, n.º 2, apenas refere que “a responsabilidade dos cônjuges não é solidária”. Significa isto que se não há solidariedade pode haver conjunção, mas não parece afastar-se a responsabilidade

integral do cônjuge que celebra o negócio. De facto, quem contrai as dívidas é o cônjuge (aliás, em qualquer regime de bens), assumindo uma responsabilidade pessoal. O obrigado é sempre o cônjuge que contrai a dívida.

Como acontece em Itália, relativamente ao art. 190.º do Cód. Civil italiano no âmbito do regime de comunhão, onde se entende que a responsabilidade do cônjuge que contrai a dívida é integral, enquanto que a do outro é restrita a metade do valor¹²⁴⁴. E o mesmo se diga dos ordenamentos jurídicos francêss (onde o património próprio do cônjuge devedor responde nos termos gerais (art. 1536.º do Cód. Civil francês), além da responsabilidade solidária prevista no art. 220.º do Cód. Civil francês) e espanhol (art. 1369.º do Cód. Civil espanhol, para o regime de comunhão legal, e art. 1440.º do mesmo código para os regimes de separação e participação nos adquiridos, além do art. 1911.º do Cód. Civil espanhol, como regra geral).

No regime de separação de bens regulado no direito espanhol nos arts. 1435.º a 1444.º do Cód. Civil espanhol, existindo patrimónios próprios e independentes dos cônjuges, as dívidas contraídas por cada um dos cônjuges são da sua exclusiva responsabilidade e do seu património próprio (art. 1440.º do Cód. Civil espanhol), salvo se os próprios cônjuges se obrigaram conjunta ou solidariamente pela dívida. Apenas se ressalva as dívidas contraídas no exercício ordinário do governo doméstico¹²⁴⁵, pelas quais respondem ambos os cônjuges nos termos dos arts. 1319.º e 1438.º do Cód. Civil espanhol¹²⁴⁶.

¹²⁴⁴ No regime de separação de bens, as dívidas contraídas pelos cônjuges durante o casamento são próprias. De facto, existindo só bens próprios (em relação aos quais o seu titular tem a administração e livre disposição) também só existem dívidas próprias, de acordo com o princípio do art. 1372.º do Cód. Civil italiano e com a regra da responsabilidade patrimonial do art. 2740.º do mesmo código. Mas, sem prejuízo da solidariedade entre os cônjuges pelo dever de contribuição – art. 143.º do Cód. Civil italiano - e no interesse da família.

¹²⁴⁵ Cujas interpretação deve pautar-se pelo padrão de vida familiar, abrangendo os encargos relativos ao sustento do lar e educação dos filhos, que não tenham carácter excessivo e possam qualificar-se como necessidade ordinária da família. Deve também atender-se à boa fé do terceiro através da protecção da aparência, quando o nível de vida supere os recursos económicos efectivos do casal.

¹²⁴⁶ Face a terceiros credores respondem os cônjuges de acordo com o art. 1319.º do Cód. Civil espanhol, ou seja, responsabilidade principal do cônjuge contraente e subsidiária do outro cônjuge, dado não haver no regime de separação um património comum e a lei não se referir aos bens adquiridos em compropriedade pelos cônjuges. Idêntico regime prevê o art. 220.º do Cód. Civil francês (ainda que com responsabilidade solidária dos cônjuges), o art. 143.º, 3.º, do Cód. Civil italiano, e o § 1357.º do BGB.

Entre os cônjuges a repartição da responsabilidade pela dívida deve efectuar-se, nos termos do art. 1438.º do Cód. Civil espanhol (idêntico ao art. 214.º e, no regime de separação, ao art. 1537.º, ambos do Cód. Civil francês), e na falta de acordo, na proporção dos recursos económicos de cada cônjuge para a contribuição dos encargos familiares. Se foi o património próprio de um dos cônjuges que suportou a dívida integralmente terá direito de regresso contra o outro pela parte que lhe corresponda.

No direito alemão, só o § 1414.º do BGB dispõe que uma vez dissolvido ou afastado o regime legal, é a separação de bens que passa a vigorar, salvo se outra coisa resultar da convenção matrimonial. Neste regime apenas existem bens próprios (e em compropriedade). De igual modo, cada um dos cônjuges é o único responsável pelas suas dívidas, salvo se se tratar de ocorrer às necessidades familiares, dívidas pelas quais ambos os cônjuges respondem nos termos do § 1357.º do BGB ou, se ambos se obrigaram pela dívida, nos termos gerais.

Repare-se, porém, e regressando ao nosso ordenamento jurídico, que aquela autonomia patrimonial dos cônjuges casados em separação de bens acaba por ser afectada em virtude da própria comunhão de vida que o casamento implica. Pense-se, nomeadamente, no âmbito do Direito Bancário, a existência de contas bancárias solidárias e conjuntas e a promiscuidade patrimonial daí resultante. Em todo o caso, o escopo do legislador, ao redigir o n.º 2 do art. 1695.º, foi traduzir a independência e autonomia patrimoniais patentes no regime de separação de bens.

No regime de separação de bens, como podemos constatar, a protecção do terceiro não está tão salvaguardada quanto nos regimes de comunhão, aproximando-se mais do regime geral do Direito comum. Em todo o caso, também neste regime há certas dívidas que, consideradas comuns, apesar de contraídas por um dos cônjuges, a ambos responsabilizam. Enquanto os regimes de comunhão podem propiciar deslocções patrimoniais entre os patrimónios comum e próprios dos cônjuges pelo pagamento de dívidas (gerando as compensações no final do regime), no regime de separação podem ocorrer transferências patrimoniais entre os patrimónios dos cônjuges para fugir aos credores comuns (dado o regime previsto no art. 1695.º, n.º 2). Ou seja, como os cônjuges respondem apenas por metade, poderá um deles transferir a totalidade do seu património para o outro cônjuge respondendo depois apenas por metade da dívida face ao credor. Mas, além de dever ter-se em consideração o ainda existente princípio da imutabilidade, não pode isso significar um maior prejuízo aos credores. De facto, os credores podem sempre recorrer aos meios gerais (se fraudulentamente um cônjuge passar os seus bens para o outro) ou podem exigir previamente uma responsabilização solidária. Além disso, devem existir certas dívidas com regime de excepção (encargos normais da vida familiar).

O regime de separação, por ser mais simples, favorece as relações patrimoniais entre os cônjuges e terceiros e assegura a igualdade jurídica entre os cônjuges numa altura em que a autonomia e a independência recíprocas dos cônjuges assumem cada vez mais um

maior papel. Importa, contudo, e em todo o caso, em relação a certas dívidas que beneficiam ambos os cônjuges, admitir um regime de excepção.

4. O regime de participação nos adquiridos – a experiência alemã da Zugewinnngemeinschaft

O regime alemão da *Zugewinnngemeinschaft* (comunhão nos ganhos ou participação nos adquiridos) baseia-se na ideia de que os ganhos obtidos por um dos cônjuges durante o casamento também resultaram da colaboração do outro¹²⁴⁷. Ainda que este último não tenha contribuído financeiramente para a vida em comum, pode ter contribuído para a criação das condições necessárias para que o outro obtivesse tais ganhos (p. ex., contribuindo com o trabalho doméstico ou a criação e educação dos filhos). O regime assenta, assim, no entendimento de que tudo que se obteve em virtude do trabalho comum e das economias comuns deve ser dividido igualmente entre os cônjuges, independentemente do património em que se formou¹²⁴⁸.

A *Zugewinnausgleich* só existe depois da dissolução do regime e tem regulação diferente consoante este termine por morte de um dos cônjuges [onde a participação nos adquiridos é hereditária – *erbrechtliche Zugewinnausgleich*, ou seja, a participação nos adquiridos opera-se pelo acréscimo em ¼ da parte que cabe ao cônjuge sobrevivente na herança (§ 1371.º do BGB)]¹²⁴⁹ ou por outro motivo (*güterrechtliche Zugewinnausgleich* - § 1372.º e §§ 1373.º e segs. do BGB)¹²⁵⁰.

¹²⁴⁷ O regime da *Zugewinnngemeinschaft* traduziu o princípio de igualdade entre marido e mulher, imposto pelo art. 3.º da Constituição alemã de 1949. Já a Constituição de Weimar, em 1919, tinha proclamado a igualdade dos sexos, mas nenhuma consequência daí decorreu no plano do Direito da Família, continuando a vigorar o regime da comunhão de administração (*Verwaltungsgemeinschaft*), onde o marido tinha o poder de uso e de administração dos bens próprios da mulher.

¹²⁴⁸ Beitzke/Lüderitz, *ob. cit.*, p. 133, e Lüderitz/Dethloff, *ob. cit.*, p. 112. Como referem Gernhuber/Coester-Waltjen, *ob. cit.*, § 34, I, 1 e 2, p. 359, o objectivo fundamental do regime é a *Ausgleich* (compensação), baseada na ideia de que o cônjuge que ganhou menos foi em razão das maiores aquisições do outro.

Guilherme de Oliveira, “A reforma do direito da família de Macau”, *loc. cit.*, p. 107, e *Temas... cit.*, p. 314, considera que este é um regime que garante a independência dos cônjuges, facilita a iniciativa patrimonial de cada um, simplifica os processos de administração e de alienação, sem perder de vista a solidariedade conjugal. De facto, procura-se acautelar a independência de cada um dos cônjuges, salvaguardando a ideia de comunhão ligada ao casamento (A. Rieg, “La participation aux acquêts en Allemagne et en France: deux visages d’une même institution”, in AAVV, *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1978, p. 924).

¹²⁴⁹ Recebendo o cônjuge uma quantia global (*großer Pflichtteil*). Como referem Gernhuber/Coester-Waltjen, *ob. cit.*, § 37, I, e II, pp. 420-423, sendo o cônjuge sobrevivente herdeiro legal, receberá essa “grande legítima”, traduzida no acréscimo em ¼ à sua parte sucessória (*die pauschalierende erbrechtliche Lösung*). Se o cônjuge sobrevivente for herdeiro ou legatário testamentário (*die individuelle erbrechtliche Lösung*) o regime já não será o previsto no § 1.º do § 1371.º do BGB, ou seja, o da *großer Pflichtteil*, que

No decurso do regime os cônjuges vivem em separação de bens (§ 1363.º do BGB)¹²⁵¹, prevendo-se uma compensação de patrimónios no final do regime. No caso de dissolução do regime que não por morte, esta compensação fará com que o cônjuge que não obtenha quaisquer ganhos no decurso do casamento fique limitado à hipótese de ter uma compensação¹²⁵². Para o cálculo da *Zugewinnausgleich* verificam-se, em primeiro lugar, os bens adquiridos (*Zugewinn*) de cada um dos cônjuges, ou seja, a diferença entre o valor dos respectivos patrimónios no início e no final do regime. É preciso determinar qual dos cônjuges ganhou mais do que o outro e quanto ganhou a mais (a diferença entre o património final (*Endvermögen*)¹²⁵³ e o património inicial

pressupõe que o cônjuge seja herdeiro legal. Neste caso, bem como se o cônjuge for afastado da sucessão legal ou renunciar, a lei remete para a solução geral de participação nos adquiridos (§ 1371.º, 2.º e 3.º, do BGB). Nessas hipóteses será de calcular a participação do cônjuge sobrevivente nos adquiridos, além da sua parte eventualmente devida da legítima (*kleiner Pflichtteil*). V. também, Beitzke/Lüderitz, *ob. cit.*, pp. 144-146, e Lüderitz/Dethloff, *ob. cit.*, pp. 123-127. Convém esclarecer que ao falarmos em legítima referimo-nos ao instituto da legítima do direito alemão, que, ao contrário da estipulada no nosso ordenamento jurídico, em que é uma parte da herança, consiste numa obrigação pecuniária face aos bens.

A solução, apesar de ter sido prevista para facilitar a partilha após vários anos de casamento, é criticada, uma vez que a participação efectiva nos bens adquiridos, que constitui a ideia chave do regime legal alemão, é aqui afastada (dado que o aumento da parte na herança do cônjuge sobrevivente ocorre independentemente da existência de ganhos adquiridos e mesmo que no decurso do casamento tenha sido o cônjuge sobrevivente aquele que obteve maiores ganhos), parecendo vigorar apenas nos casos de dissolução anormal do regime (Dölle, *ob. cit.*, pp. 775-777, Beitzke/Lüderitz, *ob. cit.*, pp. 131 e 143, e Lüderitz/Dethloff, *ob. cit.*, pp. 112, 123 e 124). No caso de morte, o cálculo adoptado assenta num aumento proporcional da parte sucessória normal do cônjuge sobrevivente (que pode ser inferior ao crédito que teria na participação nos adquiridos, podendo ser vantajoso ao cônjuge sobrevivente renunciar à sucessão do *de cuius* - § 1371.º, 3.º, do BGB). V., a hipótese de cálculo da *Ausgleich* em caso de morte, consoante o cônjuge é ou não herdeiro legal ou testamentário, apresentada por M. Liénard-Ligny, “Les régimes matrimoniaux en droit allemand depuis la loi du 18 juin 1957”, *Annales de la Faculté de Droit de Liège*, ano 7.º, n.º 1, 1962, pp. 369-375. Abstemo-nos, obviamente, de maior pormenor, dado relevar uma abordagem do regime da *Zugewinnsgemeinschaft* para efeitos de responsabilidade por dívidas e não fazer parte do nosso estudo a análise do direito sucessório. Em todo o caso, convém acrescentar que, por força do § 1931.º do BGB, o cônjuge sobrevivente tem direito, no caso de existirem filhos, a ¼, e no caso de existirem parentes no segundo grau ou ascendentes a ½ da herança. No caso de não existirem parentes no primeiro (descendentes do *de cuius* - § 1924.º do BGB) ou segundo grau (pais do *de cuius* e seus descendentes - § 1925.º do BGB), o cônjuge sobrevivente tem direito a todos os bens do *de cuius*.

¹²⁵⁰ V., Schlüter, *ob. cit.*, p. 90, e Gernhuber/Coester-Waltjen, *ob. cit.*, § 34, I, 7, pp. 361 e 362.

¹²⁵¹ O facto de cada cônjuge administrar e dispor do seu património não impede a fixação de certas limitações no caso de certos bens, previstas nos §§ 1365.º e 1369.º do BGB, como já analisámos.

¹²⁵² Gernhuber/Coester-Waltjen, *ob. cit.*, § 34, I, 8, p. 363.

¹²⁵³ O património final compreende todos os bens existentes no momento da dissolução do regime (§ 1375.º do BGB), deduzindo-se as dívidas, aos quais se reúnem ficticiamente os bens dissipados, os alienados com vista a prejudicar o outro cônjuge e os doados sem que haja um qualquer dever moral ou de conveniência para a doação (§ 1375.º, 2.º, do BGB). A sua prova obedece ao § 1379.º do BGB, ou seja, ambos os cônjuges estão vinculados ao dever de informação do seu património final. De acordo com o § 1376.º, 2.º, do BGB, os bens existentes são considerados pelo valor no dia da dissolução do regime. Pelo contrário, os bens reunidos ficticiamente ao património final são considerados pelo valor que tinham no dia em que saíram desse património. Esta solução é menos vantajosa para o cônjuge do que a prevista no direito francês, que considera o valor desses bens no dia da liquidação (art. 1574.º do Cód. Civil francês), na medida em que entre a data da saída do bem do património final e a data da liquidação do regime pode dar-se uma mais valia considerável no bem, nomeadamente, por força da desvalorização monetária (A. Rieg, *ob.e loc. cit.*, pp. 939 e 940).

(*Anfangsvermögen*)¹²⁵⁴ de cada um dos cônjuges - § 1373.º do BGB). Finalmente, calcula-se o valor do direito de participação do cônjuge que realizou menores ganhos e que corresponde a metade daquilo que o outro cônjuge ganhou a mais¹²⁵⁵. Se houver

¹²⁵⁴ O património inicial compreende os bens que o cônjuge possuía ao tempo do casamento e os que adquiriu depois por sucessão ou doação, depois de descontadas as dívidas existentes no início do regime de bens e que oneram a sucessão ou doação (mas até ao limite do activo existente) (§ 1374.º do BGB). A prova a efectuar deve realizar-se nos termos do § 1377.º do BGB, ou seja, e para facilitar os cálculos, o § 1377.º prevê que cada cônjuge possa exigir do outro a realização de um inventário no qual se constate a composição e o valor do património inicial. Caso contrário, se não existir inventário, a lei presume que os bens adquiridos pelo cônjuge ao longo do regime são os que constam no património final. E, de acordo com o § 1376.º do BGB, o valor dos bens do património inicial é calculado no momento do início do regime matrimonial (valor que tinham nessa data) ou, para os bens adquiridos por sucessão ou doação, no momento em que entraram no património inicial (valor da data da aquisição). As alterações do valor dos bens que ocorrem no decurso do casamento não são, assim, tidas em conta na avaliação do património inicial, mas serão contabilizadas no património final, o que permite uma participação de um cônjuge no enriquecimento geral do outro, devido a flutuações económicas e monetárias ou à actividade do cônjuge. P. ex., se um terreno era considerado agrícola no início do regime matrimonial e tornou-se terreno de construção no seu decurso, para o cálculo do património inicial releva o valor do terreno como agrícola, ao passo que para o cálculo do património final há que reter o valor do terreno para construção. O cônjuge do proprietário beneficia, por isso, directamente neste enriquecimento (A. Rieg, *ob. e loc. cit.*, p. 937, nota 55). Como veremos, diferente solução está prevista no art. 1571.º do Cód. Civil francês, onde um cônjuge não participa na mais valia obtida pelo cônjuge proprietário decorrente da alteração das circunstâncias económicas ou monetárias. Há aí uma participação nos adquiridos e não no enriquecimento geral. Diferente destas valorizações reais dos bens são as valorizações decorrentes de meras alterações do valor da moeda que podem implicar a existência de ganhos meramente aparentes. Para fazer face às desvalorizações monetárias, a jurisprudência alemã considera que deve atender-se ao valor do bem com base no índice do custo de vida publicado regularmente (dado não ser possível medir o efeito da inflação em cada bem). V., Beitzke/Lüderitz, *ob. cit.*, p. 138, e Lüderitz/Dethloff, *ob. cit.*, pp. 117 e 118. O recurso ao referido índice permite medir a desvalorização monetária e tê-la em consideração na avaliação do património, sob pena de, em períodos de desvalorização monetária “o cônjuge credor participar economicamente no património originário do cônjuge devedor (...) o que é inconciliável com o fim da participação nos adquiridos” (A. Rieg, *ob. e loc. cit.*, p. 940). De facto, por força da inflação, e consequente valorização dos bens do património final, e dado que o património inicial é calculado no momento do início do regime ou no momento em que os bens ingressam no mesmo património e o património final no término do regime de bens, a compensação pode ser meramente aparente (ao contrário do que acontece com as valorizações reais dos bens). É isso que se pretende evitar com os referidos factores de correcção monetária (sem prejuízo do recurso ao disposto no § 1381.º do BGB, no caso de grave injustiça). V. também, Gernhuber, “Geld und Güter beim Zugewinnausgleich”, *FamRZ*, ano 31.º, n.º 11, 1984, pp. 1059-1061, MünchKomm - Gernhuber, § 1373 Rdn. 6-7a, pp. 431 e 432, Schlüter, *ob. cit.*, pp. 95 e 96, e Schwab, *ob. cit.*, p. 128. Staudinger, *ob. cit.*, §§ 1363.º-1563.º, § 1373 Rdn. 15, p. 196, Dieter Giesen, *ob. cit.*, p. 157, Langenfeld, *ob. cit.*, p. 61, e Martin Lipp, *ob. cit.*, p. 90, entre outros, apresentam a seguinte fórmula de actualização dos valores do património inicial: (património inicial x índice do custo de vida publicado oficialmente no momento do fim do regime): índice do custo de vida publicado oficialmente no início do regime (ou no momento da aquisição). Assim, permite-se actualizar o poder de compra que existia no momento em que os bens integraram o património inicial ao momento do seu fim.

É atendendo à desvalorização monetária que o art. 1595.º, n.ºs 2 e 3, do Cód. Civil de Macau, prevê a actualização dos valores dos bens de acordo com os índices de preços (art. 544.º do mesmo código).

¹²⁵⁵ M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, *cit.*, p. 420, em nota, apresenta o seguinte exemplo: “no início o marido tinha bens no valor de 20000 contos, no momento do divórcio tinha um património no valor de 200000 contos, logo um ganho de 180000 contos; a mulher tinha inicialmente 20000 contos e no final 140000, portanto um ganho de 120000 contos; assim, os ganhos do marido são superiores aos da mulher em 60000 contos, consequentemente a mulher tem um direito de participação no valor de 30000 contos”.

O § 1381.º do BGB permite, contudo, que o cônjuge devedor possa recusar o direito à participação nos adquiridos em caso de iniquidade grosseira, como no caso de o cônjuge que reclama a compensação não ter cumprido as suas obrigações económicas em relação ao casamento. V., Staudinger, *ob. cit.*, §§ 1363.º-1563.º, § 1381 Rdn. 1-39, pp. 276-286, Beitzke/Lüderitz, *ob. cit.*, p. 139, e Lüderitz/Dethloff, *ob. cit.*, pp. 119 e 120, Dieter Giesen, *ob. cit.*, p. 162 e 163, Schlüter, *ob. cit.*, p. 101, Gernhuber/Coester-Waltjen,

adquiridos de ambas as partes, os dois créditos de participação compensam-se e só o excesso constitui o crédito de participação de um cônjuge. Se, pelo contrário, o património final for inferior ao inicial, este défice será suportado apenas pelo cônjuge proprietário (§ 1378.º do BGB). O crédito de participação prescreve no prazo de três anos a contar do momento em que o cônjuge credor obtenha a dissolução do regime ou, em todo o caso, passados trinta anos desde essa dissolução (§ 1378.º, 4.º, do BGB).

Há ainda que imputar no crédito compensatório de um cônjuge aquilo que ele recebeu do outro por negócio entre vivos com a determinação de que se tratava de uma antecipação do crédito de compensação (§ 1380.º do BGB), para evitar que possa haver um duplo benefício desse mesmo cônjuge¹²⁵⁶. O valor da doação em causa acrescentar-se-á ao valor dos bens adquiridos do doador para o cálculo do crédito de compensação (§ 1380.º, 2.º, do BGB)¹²⁵⁷.

Repare-se que a comunhão final não é de bens adquiridos mas do seu valor. A *Zugewinnausgleich* gera um direito obrigacional a favor do cônjuge que não realizou nenhum ganho ou que obteve menores ganhos durante o casamento, contra o que realizou todos os ganhos ou os ganhos mais elevados.

Porque ao longo do casamento o direito à participação nos adquiridos pode ser afectado, o mesmo é protegido por uma série de medidas. Assim, se, nos dez anos anteriores à dissolução do regime e à participação nos adquiridos, um dos cônjuges dispuser do seu património gratuitamente sem justificação, ou delapidar o seu património ou ainda praticar actos jurídicos que o diminuam na intenção de prejudicar o outro cônjuge, os actos assim praticados são considerados como não realizados para

ob. cit., § 36, VII, 6, pp. 414-416, e Schwab, *ob. cit.*, pp. 132-134. Também o art. 1579.º do Cód. Civil francês, prevendo o art. 1578.º do mesmo código o recurso ao tribunal quando os cônjuges não acordem na liquidação do regime, permite que o juiz decida de acordo com a equidade, sempre que as regras de avaliação se revelem manifestamente injustas. Disposição legal criticada, p. ex., por Henri Mazeaud, *et alii*, *Leçons de Droit Civil. Régimes matrimoniaux*, cit., p. 607, denominando-o de “*méthode détestable*”, por arruinar a segurança jurídica, colocando por vezes os juízes em situações embaraçosas.

A possibilidade de recurso à equidade, para alteração do resultado obtido com as regras de avaliação fixadas pela lei, é também referida no art. 1595.º, n.º 4, do Cód. Civil de Macau.

¹²⁵⁶ Beitzke/Lüderitz, *ob. cit.*, p. 134, e Lüderitz/Dethloff, *ob. cit.*, pp. 118 e 119.

¹²⁵⁷ Como refere MünchKomm - *Gernhuber*, § 1380 Rdn. 20, p. 495, o valor da doação deve ingressar no património final do doador. O mesmo valor, imputando-se no crédito de compensação do cônjuge credor, faz com que efectivamente este receba menos. P. ex., se o património inicial do marido era de 50.000 e o património final de 150.000, há um ganho (*Zugewinn*) de 100.000; se o património inicial da mulher era de 20.000 e o património final de 40.000, há um ganho de 20.000. Se o marido tiver concedido à mulher, a título de antecipação, uma doação no valor de 20.000, este valor ingressa no seu património final, sendo os seus ganhos de 120.000. A diferença entre os ganhos do marido e da mulher é de 100.000 (120.000-20.000), devendo a mulher receber metade, ou seja, 50.000. Porém, desses já recebeu 20.000 relativos à doação, apenas recebendo como crédito de compensação 30.000. Também Staudinger, *ob. cit.*, §§ 1363.º-1563.º, § 1380 Rdn. 27, pp. 273 e 274, apresenta um exemplo semelhante.

efeitos da *Zugewinnausgleich*, ou seja, o património delapidado é acrescentado ao final (§ 1375.º, 2.º, do BGB), salvo se houver consentimento do cônjuge para as referidas alienações (§ 1375.º, 3.º, do BGB). Por outro lado, qualquer um dos cônjuges pode requerer a participação antecipada nos adquiridos no caso de separação de facto há pelo menos três anos (§ 1385.º do BGB) ou se o outro não cumprir as suas obrigações económicas decorrentes do vínculo conjugal e existam razões para supor que não as cumprirá no futuro (§ 1386.º, 1.º, do BGB), se dispuser da totalidade do seu património sem a necessária autorização (§§ 1386.º, 2.º, e 1365.º do BGB (que já sanciona o negócio em causa como vimos)), se o diminuir por liberalidades ou o delapidar (§§ 1386.º, 2.º, e 1375.º do BGB), desde que se presuma um perigo para a futura participação nos ganhos, ou se se recusar, sem motivo justificativo, a informar o outro da situação do seu património (§ 1386.º, 3.º, do BGB). No caso de antecipação na participação dos bens adquiridos que se intente paralelamente à acção de invalidade ou dissolução do casamento, o cônjuge interessado poderá exigir a constituição de uma garantia, no caso de haver razões para supor, face ao comportamento do outro cônjuge, um perigo para o direito à sua futura participação nos adquiridos (§ 1389.º do BGB)¹²⁵⁸.

O crédito em participação é pago em valor. Mas, se o cônjuge devedor não conseguir pagar imediatamente a totalidade da dívida, por dificuldades financeiras, pode requerer ao tribunal um diferimento no pagamento (§ 1382.º do BGB). Pode o tribunal obrigar o devedor à prestação de garantias e o pagamento fica sujeito ao vencimento de juros (§ 1382.º, 2.º e 3.º, do BGB).

Se os bens do cônjuge devedor forem insuficientes para o pagamento do crédito de participação ao outro (§ 1378.º, 2.º, do BGB), por ter empobrecido intencionalmente o seu património, o cônjuge credor pode intentar uma acção de restituição, devendo o terceiro restituir ao cônjuge credor o obtido do devedor, de acordo com as regras do enriquecimento sem causa (§ 1390.º e §§ 812.º e segs. do BGB)¹²⁵⁹. Esta acção ocorre no caso de o devedor ter efectuado doações a terceiro com intenção de prejudicar o seu

¹²⁵⁸ Repare-se que qualquer um destes meios de salvaguarda da posição do cônjuge futuro credor nos adquiridos do outro, não impede a solução prevista no § 1378.º, 2.º, do BGB, ou seja, um vez assumidas certas dívidas os credores do cônjuge devedor têm preferência no pagamento face ao cônjuge credor da compensação. Evitam, porém, que o cônjuge continue a contrair dívidas e a diminuir, assim, o seu património. Pode também o cônjuge futuro credor acautelar a sua posição pela prestação de garantias sobre certos bens, assumindo aí uma posição privilegiada face aos restantes credores ulteriores (§ 1389.º do BGB), limitando os efeitos do § 1378.º, 2.º, do BGB (MünchKomm - *Gernhuber*, § 1378 Rdn. 7, p. 476, e § 1389, Rdn. 1 e 2, p. 541, e *Gernhuber/Coester-Waltjen*, *ob. cit.*, § 36, I, 2, pp. 391 e 392).

¹²⁵⁹ De facto, esta restituição face a terceiros não assenta no regime de bens, mas nas regras do enriquecimento sem causa (*Staudinger, ob. cit.*, §§ 1363.º-1563.º, § 1390 Rdn. 14 e 20-23, p. 341 e pp. 342 e 343).

cônjuge ou se realizou outros actos jurídicos (que não apenas a título gratuito) com terceiro que sabia da intenção de prejudicar o outro cônjuge¹²⁶⁰.

Só em situações muito excepcionais o direito alemão admite o pagamento do crédito de participação em espécie (§ 1383.º do BGB). De facto, o cônjuge credor pode requerer ao tribunal que o devedor lhe ceda bens do seu património para pagamento do crédito de participação, se tal for o único meio de evitar uma injustiça grave para o credor e se tal for possível de exigir ao devedor.

Como já vimos, cada um dos cônjuges pode, por si, administrar, usar e dispor do seu património (que é próprio no decurso do casamento) livremente (com as excepções previstas nos §§ 1365.º e 1369.º do BGB)¹²⁶¹, contraindo dívidas pelas quais apenas ele é responsável (salvo as dívidas relativas aos encargos da vida familiar - § 1357.º do BGB – que responsabilizam ambos os cônjuges). Pode acontecer que, no momento da dissolução do regime e respectiva liquidação, existam dívidas que originem um saldo passivo não coberto pelos bens adquiridos. Ora, se na fase de liquidação tudo se passa como se existisse uma comunhão de adquiridos, as dívidas contraídas por um dos cônjuges poderiam vir a responsabilizar os bens adquiridos pelo outro cônjuge¹²⁶². Contudo, o pagamento das dívidas contraídas é feito de acordo com o regime de separação de bens, apresentando-se o património do devedor como a garantia do pagamento ao credor. Ora, e sendo a participação no valor e não nos bens, havendo uma preferência dos créditos de terceiros face ao de participação de um cônjuge (§ 1378.º,

¹²⁶⁰ Como refere A. Rieg, *ob. e loc. cit.*, p. 942, esta acção de restituição não conduz a um pagamento em espécie, mas traduz uma venda forçada, cujo preço será determinado pelo valor do crédito de participação. Imagine-se, p. ex., que um dos cônjuges (F) não obteve qualquer ganho no decurso do regime de bens e que o outro cônjuge (M) tem um património final de 10.000, mas tem dívidas no valor de 20.000. Ambos os cônjuges não obtiveram, assim, ganhos (*Zugewinn*). Contudo, se M fez uma doação a uma amiga no valor de 70.000, este valor integra o cálculo do património final (§ 1375.º, 2.º, do BGB), tendo F direito a um crédito compensatório de 35.000. Porém, não o podendo obter de M (§ 1378.º, 2.º, do BGB), poderá actuar sobre o terceiro beneficiado com a doação, nos termos do § 1390.º do BGB (Martin Lipp, *ob. cit.*, pp. 94 e 95).

¹²⁶¹ O que, obviamente, não impede que um cônjuge confira ao outro, por mandato (*Auftrag*) ou gestão de negócios (*Geschäftsführung ohne Auftrag*), a administração dos seus bens, tal como também ocorre no regime de separação de bens. O mesmo acontece no direito francês (arts. 1569.º e 1539.º a 1541.º do Cód. Civil francês).

¹²⁶² Por isso, Gonçalves Pereira, “Regimes convencionais...”, *loc. cit.*, pp. 279 e 280, ao regular o regime de participação nos adquiridos no seu projecto, previa um artigo em que estipulava a renúncia de um dos cônjuges à participação nos adquiridos do outro. De facto, prevendo que a liquidação e a partilha seguisse o regime de comunhão de adquiridos, para a liquidação do passivo, os adquiridos de ambos os cônjuges constituíam um património único responsável pelas dívidas que, se houvessem sido contraídas no regime de comunhão de adquiridos, seriam comunicáveis. Com este sistema os credores, que seriam pagos segundo o regime de separação no decurso do casamento, ficavam agora sujeitos ao regime de comunhão, podendo não beneficiar com a concorrência ou preferência de outros credores, ainda que aqueles estivessem razoavelmente acautelados pela inventariação dos adquiridos. A alternativa, com certa imputação da solidariedade que se pretende conferir ao regime, seria liquidar o passivo de cada cônjuge segundo o regime de separação, procedendo-se depois à partilha dos saldos existentes (pp. 283 e 284).

2.º, do BGB – as dívidas são pagas em primeiro lugar e só o que restar do património servirá para pagar o crédito de participação ao cônjuge), o direito do cônjuge credor pode ser diminuído atendendo à necessidade de pagamento prévio aos outros credores do cônjuge devedor (o que significa que, além de participar nos adquiridos, também participa, porque as suporta como uma diminuição, por ausência de activo, do seu crédito de participação, nas dívidas do cônjuge)¹²⁶³. É atendendo também a isto, e à possibilidade de fraude ao cônjuge, que se confere a este o poder de reclamar os bens ao terceiro de má fé de acordo com as regras do enriquecimento sem causa (§ 1390.º do BGB), bem como a possibilidade de exigir a prestação de garantias (§ 1389.º do BGB).

O regime reúne as vantagens dos regimes de separação de bens e de comunhão de adquiridos. Tal como na separação há uma plena independência patrimonial dos cônjuges. Como na comunhão de adquiridos ambos os cônjuges participam nos benefícios realizados durante o casamento (dirigindo-se, assim, essencialmente, para os casamentos em que apenas um dos cônjuges recebe um salário)¹²⁶⁴. O principal problema do regime é o seu complexo funcionamento na fase da liquidação, dado ser preciso reconstituir os patrimónios próprios de cada um dos cônjuges, levados para o casamento e adquiridos ao longo do mesmo, encontrando-se a origem dos bens, as causas e os montantes das compensações devidas entre eles. Além disso, o cônjuge que nada adquiriu no decurso do regime, que se dedicou ao lar e educação dos filhos, está dependente da possibilidade de vir a participar nos adquiridos pelo outro, sendo que o direito de crédito que daí surge é menos vantajoso do que o direito a metade dos bens no regime de comunhão¹²⁶⁵. Por outro lado, a doutrina alemã critica também a solução resultante do aumento da parte sucessória do cônjuge sobrevivente no caso de morte do outro cônjuge, que ocorre independentemente da existência de ganhos ou de maiores ganhos do *de cuius*¹²⁶⁶.

Regime idêntico vigora, no seu traço geral nos países escandinavos (*comunhão diferida*)¹²⁶⁷ e em Macau (arts. 1579.º e 1581.º e segs. do Cód. Civil de Macau) e, quando convencionado, em França (arts. 1569.º e segs. do Cód. Civil francês), em

¹²⁶³ Gernhuber/Coester-Waltjen, *ob. cit.*, § 36, III, 3, p. 396.

¹²⁶⁴ Gonçalves Pereira, “Regimes convencionais...”, *loc. cit.*, p. 267.

¹²⁶⁵ Gernhuber/Coester-Waltjen, *ob. cit.*, § 34, I, 8, p. 363.

¹²⁶⁶ Palandt/Brudermüller, *ob. cit.*, Grundz v § 1363.º, p. 1640.

¹²⁶⁷ Trata-se aqui de uma participação nos bens adquiridos e não de uma participação no seu valor como na generalidade dos países que prevêm o regime de participação nos adquiridos.

Espanha (arts. 1411.º e segs. do Cód. Civil espanhol), e no Brasil (arts. 1672.º e segs. do Cód. Civil brasileiro).

O ordenamento jurídico francês prevê, desde a Reforma de 1965 (com os aperfeiçoamentos introduzidos ao cálculo do crédito de participação pela Reforma de 1985), como regime convencional o regime de “*participation aux acquêts*” (arts. 1569.º e segs. do Cód. Civil francês). Este regime resulta de uma combinação entre a vontade comum de participação recíproca nos ganhos com a preocupação separatista da autonomia da administração. Esta combinação de opostos faz sentir-se durante o funcionamento do regime, bem como no momento da sua dissolução, sendo certo que a ideia separatista faz sentir-se mais acentuadamente no seu decurso, enquanto que a ideia comunitária surge sobretudo no momento da dissolução. A participação nos adquiridos vive em regime de separação de bens e morre em regime de comunhão, ainda que a ideia comunitária também transpareça na vida do regime e a ideia separatista se faça também sentir na fase da liquidação. O regime de participação nos adquiridos, tal como o de separação, traduz-se por uma independência patrimonial dos cônjuges, ao nível da titularidade dos bens, do regime da sua administração e da responsabilidade pelas dívidas, no decurso do casamento.

Como no ordenamento jurídico alemão, no momento da dissolução cada um dos cônjuges participa por metade no valor dos bens adquiridos pelo outro cônjuge no decurso do casamento, aferido pela comparação do património inicial (que cada um dos cônjuges levou para o casamento) e o adquirido¹²⁶⁸. Se a dissolução resultar da morte de um dos cônjuges, os herdeiros deste têm os mesmos direitos sobre os adquiridos pelo cônjuge sobrevivente que o *de cuius* (art. 1569.º do Cód. Civil francês), não havendo aqui uma solução específica como no direito alemão.

De igual modo, prevê o direito francês a possibilidade de liquidação antecipada do crédito de participação (art. 1580.º do Cód. Civil francês)¹²⁶⁹, quando, pela má gestão dos negócios de um cônjuge ou pela sua má ou desordenada administração, a actuação

¹²⁶⁸ A autonomia dos cônjuges encontra o seu limite na esperança de cada um de participar no enriquecimento do outro. Cada um dos cônjuges trabalha e adquire bens mas não de uma forma plenamente egoísta, no seu exclusivo interesse. Por isso, Cornu, *ob. cit.*, p. 639, considera que mesmo no funcionamento deste regime de bens há um elemento de *affectio societatis*.

¹²⁶⁹ Repare-se que esta liquidação antecipada é semelhante à separação de bens requerida pelos cônjuges casados em comunhão de adquiridos (art. 1443.º do Cód. Civil francês), assente no mesmo pressuposto da má administração de um dos cônjuges (e que também está prevista no nosso art. 1767.º). Em todo o caso, a liquidação do crédito de participação é possível se a má administração de um cônjuge comprometer os interesses do outro cônjuge (“(...) *ne compromette les intérêts de l'autre conjoint* (...)”), enquanto que a separação judicial de bens no regime de comunhão supõe que os interesses de um cônjuge são postos em perigo pela má administração do outro (“(...) *mis en péril* (...)”).

desse cônjuge comprometa o crédito de participação do outro cônjuge nos bens adquiridos por aquele. Também, e como medida de protecção do crédito de participação, considera-se integrar o património inicial do cônjuge, para apuramento do saldo final, os bens que já ali não se encontram por terem sido dispostos pelo cônjuge a título gratuito sem o consentimento do outro cônjuge, bem como os alienados fraudulentamente (art. 1573.º do Cód. Civil francês)¹²⁷⁰. Por outro lado, se os bens existentes no património de um cônjuge, no momento do exercício do crédito de participação pelo outro, são insuficientes para o cumprimento do mesmo crédito, o cônjuge credor pode exigir o cumprimento do crédito sobre os bens que o outro alienou a título gratuito sem consentimento ou a título oneroso mas fraudulentamente (art. 1577.º do Cód. Civil francês)¹²⁷¹.

Tal como a separação de bens, a participação nos adquiridos não comporta mais do que dois patrimónios, perfeitamente dissociados um do outro, tanto do ponto de vista do activo como do passivo. Assim, tal como não há activo comum (sem prejuízo da possibilidade de aquisição de bens em compropriedade), também não há passivo comum (art. 1569.º do Cód. Civil francês). Cada um dos cônjuges responde só pelas dívidas que contrai, sejam anteriores ou posteriores à celebração de casamento e a qualquer título, tal como no regime de separação de bens¹²⁷². Porém, por aplicação do art. 220.º do Cód. Civil francês, de ordem pública e aplicável a todos os regimes

¹²⁷⁰ Presume-se que a alienação traduzida numa renda vitalícia ou a fundo perdido foi realizada com fraude dos direitos do outro cônjuge se não foi consentida (art. 1573.º, *in fine*, do Cód. Civil francês). Haverá alienação fraudulenta sempre que um cônjuge tenha disposto do bem com o fim de amputar o crédito de participação do seu cônjuge (p. ex., uma venda por valor insignificante). V., A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., p. 586.

Também o Cód. Civil de Macau, que apenas considera para efeitos de determinação do acréscimo patrimonial de cada cônjuge os bens integrados no património em participação (art. 1582.º, n.º 3), estipula no seu art. 1593.º, als. b) e c), que se incluem no património em participação de cada cônjuge os bens dispostos a título gratuito sem o consentimento do outro cônjuge na vigência do regime da participação nos adquiridos (salvo tratando-se de doação remuneratória ou donativo conforme os usos sociais) e o valor do prejuízo causado ao outro cônjuge com os actos de alienação de bens que tenha efectuado com o intuito de prejudicar o seu cônjuge.

¹²⁷¹ Norma semelhante ao § 1390.º do BGB. Para evitar qualquer risco de contestação, os terceiros tenderão a exigir sempre o consentimento de ambos os cônjuges (A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., p. 576), passando-se na prática a exigir o consentimento para as referidas alienações, encobrendo a total independência dos cônjuges característica do regime de separação.

V. também, com idêntica redacção o art. 1599.º do Cód. Civil de Macau.

¹²⁷² Sem prejuízo de se poder responsabilizar o outro cônjuge por aplicação das regras gerais do Direito comum. Como quaisquer outras pessoas, e como os cônjuges casados em separação de bens, podem os cônjuges obrigar-se conjunta ou solidariamente pela dívida (e, muitas vezes, sobretudo no caso de empréstimos bancários, a isso são conduzidos).

matrimoniais, as dívidas “*ménagères*” obrigam solidariamente os cônjuges, qualquer que tenha sido o cônjuge a contraí-la¹²⁷³.

É, portanto, no momento da dissolução do regime que se apura o crédito de participação, isto é, seja qual for a causa da dissolução (por liquidação antecipada, divórcio ou separação, ou por morte) procede-se sempre à liquidação do crédito de participação¹²⁷⁴. Cada um dos ex-cônjuges (ou seus herdeiros) concretizam a sua esperança de participação nos enriquecimentos recíprocos realizados no decurso do regime matrimonial¹²⁷⁵. Repare-se que cada um dos cônjuges mantém a propriedade dos seus bens, sendo a participação no valor e não em espécie. Assim, importa determinar os bens e as dívidas que compõem o património inicial e o final, com vista ao apuramento dos bens adquiridos (*acquêts*). Como a participação é apenas em valor, importa proceder, por um lado, a uma valoração global de cada um dos dois patrimónios e, por outro lado, deduzir a cada uma das duas somas obtidas as respectivas dívidas. O montante do crédito resulta da subtração do valor do activo líquido inicial ao valor do activo líquido final. Àquilo a que um cônjuge tenha direito como crédito de participação pode ainda acrescentar-se as somas que esse cônjuge seja credor face ao outro.

Para determinação do activo inicial, dispõe o art. 1570.º do Cód. Civil francês que tal património compreende os bens que o cônjuge possuía ao tempo do casamento e os que adquiriu depois por sucessão ou doação, bem como os bens que no regime de comunhão legal são bens próprios por natureza (não dando lugar a qualquer compensação – art. 1404.º do Cód. Civil francês). Não se atende aos frutos desses bens nem aos bens dessa espécie que tenham o carácter de fruto ou os que o cônjuge dispôs por doação entre

¹²⁷³ De facto, apesar da plena liberdade de administração e disposição dos bens e contracção de dívidas, os cônjuges estão vinculados ao regime imperativo de base, bem como às restrições resultantes das regras do arrendamento civil para habitação (art. 1751.º do Cód. Civil francês) e arrendamento rural (art. 846.º-2 do *Code rural*).

¹²⁷⁴ Diferentemente, como vimos, do que se passa no direito alemão que, no § 1371.º do BGB, substitui o direito do cônjuge sobrevivente participar nos adquiridos pelo *de cuius* por um aumento dos direitos daquele na sucessão deste. No direito francês procede-se sempre ao apuramento do crédito de participação entre os cônjuges ou, no caso de morte de um, entre o sobrevivente e os herdeiros do outro (que têm os mesmos direitos que o autor da sucessão – art. 1569.º, 2.º, do Cód. Civil francês). A generalidade dos ordenamentos jurídicos onde se prevê idêntico regime não faz também qualquer distinção em função da causa de dissolução do regime para apuramento do crédito na participação.

¹²⁷⁵ O crédito de participação apenas surge no momento da dissolução do regime, sendo inexigível no decurso do mesmo. Como refere Cornu, *ob. cit.*, p. 638, até à dissolução o direito é eventual, de forma comparável à vocação sucessória antes da abertura da sucessão.

Repare-se que, após a dissolução, a acção de liquidação do crédito de participação está sujeita a uma prescrição de três anos a contar da mesma dissolução do regime (art. 1578.º, 4.º, do Cód. Civil francês).

vivos durante o casamento¹²⁷⁶. O valor dos bens é apurado no dia da liquidação do regime, atendendo ao estado que tinham no momento do casamento ou da sua aquisição, no caso dos bens herdados ou doados (os aumentos de valor nos bens, por circunstâncias económicas e monetárias, apenas beneficiam o cônjuge proprietário de tais bens, não constituindo tal mais valia um “adquirido” para efeitos de crédito de participação)¹²⁷⁷. Se, entretanto, foram alienados, determina-se o seu valor na data da alienação; se foram sub-rogados por novos bens, deve atender-se ao valor destes (art. 1571.º do Cód. Civil francês)¹²⁷⁸.

¹²⁷⁶ Compreende-se que se integre no activo inicial os bens levados para o casamento e adquiridos ao longo do mesmo por sucessão ou doação, dado que a finalidade do regime de participação nos adquiridos é a participação no produto dos esforços comuns ao longo do casamento, aproximando-se aqui do regime de comunhão de adquiridos. E compreende-se também que se excluam os frutos dado que, e como acontece nos regimes de comunhão (onde integram os bens comuns), se não consumidos, assumem-se como adquiridos, sendo a sua consumação afecta à satisfação das necessidades comuns, e, por isso, integram o património final de que cada um dos cônjuges receberá uma parte. Finalmente, a exclusão das doações efectuadas durante o casamento foi inovação trazida pela Reforma de 1985. Até aí, o art. 1573.º do Cód. Civil francês prescrevia o ingresso no património final de quaisquer doações efectuadas sem o consentimento do cônjuge. Isto fazia com que o cônjuge proprietário, se queria garantir alguma segurança ao seu negócio, estava sujeito ao consentimento do seu cônjuge. Ora, tratando-se do seu património inicial padecia de uma restrição à sua liberdade de disposição maior do que se estivesse casado no regime legal de comunhão de adquiridos, quanto aos bens próprios (F. Terré/Ph. Simler, *ob. cit.*, p. 612).

O Cód. Civil de Macau não se limita a excluir os referidos bens, sendo mais minucioso na determinação dos bens excluídos do património em participação para apuramento do respectivo crédito de participação, referindo, nomeadamente, os bens adquiridos por virtude de direito próprio anterior e da titularidade de bens excluídos da participação, os rendimentos decorrentes de exercício de empresa comercial, os bens sub-rogados no lugar de bens excluídos da participação, etc. (v., arts. 1584.º a 1591.º do Cód. Civil de Macau).

¹²⁷⁷ O que diverge da regulamentação alemã (§ 1376.º do BGB), que tem por base o valor inicial do património originário, ou o valor que os bens tinham no momento da aquisição, assegurando uma maior participação de cada cônjuge no enriquecimento do outro, seja qual for a sua causa. O mesmo é disposto no art. 1421.º do Cód. Civil espanhol, ou seja, o valor dos bens do património inicial é aferido no momento do início do regime (ainda que actualizado ao momento em que o mesmo regime cessou).

A data da avaliação, que até à Reforma de 1985 era a da dissolução, deve coincidir com a data em que se procede à sua regulamentação, ou seja, ao momento da liquidação (que pode ser muito depois da dissolução). V., A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, p. 589 e nota 40.

Por outro lado, se os bens receberam melhoramentos, os mesmos não são contabilizados no património inicial, dado que para este deve atender-se ao estado inicial dos bens. Os melhoramentos são, assim, considerados como “adquiridos”, presumindo-se serem realizados com as economias de um dos cônjuges ou os rendimentos do seu trabalho ou dos seus bens (Cornu, *ob. cit.*, p. 657). Também no direito espanhol os bens do património inicial são aferidos pelo estado no momento inicial (art. 1421.º do Cód. Civil espanhol).

¹²⁷⁸ Sendo certo que se o novo bem é de valor superior ao anterior não pode figurar no património inicial pela totalidade do seu valor, salvo se a diferença foi suportada por montantes que integram eles mesmos tal património, sob pena de o activo inicial aumentar injustificadamente em detrimento da massa final e, logo, do crédito de participação do cônjuge. A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, p. 590, apresenta três hipóteses de resolução: permitir ao juiz derrogar, por força do disposto no art. 1579.º do Cód. Civil francês, as regras de avaliação em nome da equidade; deduzir do activo inicial a soma correspondente ao que foi adiantado pelos adquiridos (art. 1571.º, 2.º, do Cód. Civil francês); ou atribuir ao cônjuge uma indemnização a acrescer ao seu crédito de participação (art. 1575.º, 3.º, do Cód. Civil francês).

A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, p. 582, já crítico quanto à própria disposição legal no regime supletivo, considera que não é de observar o art. 1434.º do Cód. Civil francês, em matéria de sub-rogação de bens, no regime de participação nos adquiridos, dado que a posição dos terceiros não é afectada no apuramento do saldo final. No mesmo sentido, Aubry/Rau, *ob. cit.*, p. 621 e nota 76, e

Ao activo inicial deduzem-se as dívidas que oneram esses bens (ou seja, as dívidas que o cônjuge já tinha ao contrair o casamento e as dívidas que oneram os bens originários que são obtidos no decurso do casamento por sucessão ou doação)¹²⁷⁹, reavaliadas, se for o caso, de acordo com o disposto no art. 1469.º, 3.º, do Cód. Civil francês, em matéria de compensações (para fazer face a desvalorizações monetárias), ou seja, as dívidas que permitiram a aquisição, conservação ou melhoramento de um bem que se encontra no património inicial ou que foi depois alienado com ou sem sub-rogação¹²⁸⁰. Se o passivo exceder o activo, este excesso integra ficticiamente o património final (art. 1571.º, 2.º, do Cód. Civil francês)¹²⁸¹. Só com esta dedução se obtém o activo líquido inicial que se deduzirá ao activo líquido final.

Cornu, *ob. cit.*, pp. 654 e 655, que considera aplicar aqui as regras gerais de prova referidas no art. 1570.º, 2.º, do Cód. Civil francês, cabendo ao cônjuge que invoca a sub-rogação a prova da existência dos novos bens.

¹²⁷⁹ Mas já não as dívidas que oneram esses bens mas que são pagas com os rendimentos dos mesmos (M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, p. 318).

¹²⁸⁰ A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, p. 593, nota 47, apresenta o seguinte exemplo: no momento da contracção do casamento, o património de um cônjuge incluía um imóvel adquirido por 400.000F e uma dívida de 200.000F, correspondente a um empréstimo contraído para suportar a aquisição do bem. No momento da liquidação o bem valia 800.000F. A dívida a deduzir deste activo inicial é de 400.000F, por aplicação do art. 1469.º, 3.º, do Cód. Civil francês, na medida em que ela permitiu a aquisição do bem na proporção de metade. E isto é assim independentemente de a dívida ter sido suportada por valores originários ou adquiridos.

¹²⁸¹ Se se considerasse, como até 1985, que nestes casos o património inicial era igual a zero, haveria um enriquecimento ao qual o outro cônjuge era privado (norma que era criticada por Henri Mazeaud, *et alii*, *Leçons de Droit Civil. Régimes matrimoniaux*, *cit.*, p. 608). Ou seja, se, no momento do casamento, um dos cônjuges tivesse um activo de, p. ex., 600.000F e um passivo de 800.000F, haveria um défice de 200.000F. No momento da liquidação esse cônjuge não tem nenhuma dívida, tendo-a pago com bens adquiridos ao longo do casamento. Por isso, o património final deve ser ficticiamente aumentado no valor de 200.000F (A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, p. 593, nota 48). Caso contrário, se se considerasse o resultado como nulo e se o outro cônjuge apresentasse bens adquiridos, o cônjuge que pagou as suas dívidas (com bens que efectivamente adquiriu) beneficiaria desses bens, havendo um enriquecimento da sua parte (Louis Bach, *Droit Civil. Régimes matrimoniaux*, Paris, Sirey, 1978, p. 131).

É, porém, este entendimento que resulta do art. 1420.º do Cód. Civil espanhol, ou seja, para apuramento do património inicial, se o passivo for superior ao activo considera-se que o património inicial é igual a zero. Tal solução é criticada, sendo evidente que há uma vantagem inicial para o cônjuge com património deficitário e uma correspondente desvantagem para o cônjuge com património não deficitário ou com menor défice (L. Díez-Picazo/A. Gullón, *ob. cit.*, p. 224). P. ex., o marido apresenta apenas um passivo de 1.000 no seu património inicial e um património final de 9.000, enquanto a mulher tem um património inicial igual a zero e um património final de 10.000. É evidente que ambos os cônjuges obtiveram ganhos de 10.000, dado que o marido utilizou 1.000 para pagar a sua anterior dívida (A. López/V.L. Montés/E. Roca, *et alii*, *ob. cit.*, p. 274). M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 1846-1848, a este propósito, distingue o caso das dívidas que oneram doações ou heranças (cujos limites estão fixados no art. 1419.º do Cód. Civil espanhol, ou seja, há que deduzir as dívidas às respectivas doações e heranças, com possibilidade de correcções no património final) das dívidas que o cônjuge já tinha no início do regime. Neste último caso, trata-se de saber se o cônjuge que era inicialmente insolvente, e depois deixa de o ser pelo ingresso de novos bens no património inicial, continua a beneficiar da vantagem de não computar como adquirido tais novos bens que podem cobrir o seu défice originário. Neste caso, se há a possibilidade de cobrir o défice originário com bens que entretanto o cônjuge adquiriu (e que, por isso, deixam de ser adquiridos para o crédito de participação), não tem razão de se manter esta vantagem quando mais tarde outros bens, a contabilizar no património inicial, permitirem um saldo positivo suficiente para eliminar o défice anterior. Ou seja, os bens que foram levados para o casamento e que, por haver um passivo superior, não foram contabilizados nesse momento, podem sê-lo ulteriormente se, entretanto, existir uma aquisição gratuita (doação ou herança) que integra o património inicial e que cobre o défice existente. Se assim ocorrer poderá evitar-se um passivo inicial superior ao activo e a não consideração deste, de acordo com o art. 1420.º do Cód.

O activo final é composto por todos os bens que, no momento da dissolução, tenham sido adquiridos pelos cônjuges, ou seja, os bens existentes nos patrimónios dos cônjuges adquiridos ao longo do casamento, bem como os créditos que possam existir sobre o outro cônjuge e os frutos dos bens existentes que ainda não tenham sido consumidos. Tratando-se de avaliar, pela subtracção ao valor do activo líquido originário do valor do activo líquido final, o enriquecimento real de um cônjuge durante o regime matrimonial, é lógico incluir no património final os bens adquiridos existentes no momento da dissolução. A estes acrescentam-se ainda (ficticiamente, ou seja, contabiliza-se o seu valor) os bens adquiridos alienados fraudulentamente ou doados sem o consentimento do outro cônjuge (arts. 1572.º e 1573.º do Cód. Civil francês)^{1282 1283}. O valor dos bens é apurado no dia da liquidação do regime (tendo em conta a desvalorização monetária), atendendo ao estado que tinham no momento da dissolução. Os bens alienados por doação ou em fraude aos direitos do seu cônjuge são avaliados de acordo com o seu estado no dia da alienação e pelo valor que teriam, se fossem conservados, no momento da liquidação (art. 1574.º do Cód. Civil francês).

Também ao activo final devem deduzir-se as dívidas que não se encontrem pagas no momento em que termina o regime. E devem também ter-se em consideração os valores que são devidos ao cônjuge (art. 1574.º, 2.º, do Cód. Civil francês). Repare-se que, ao contrário do previsto no art. 1571.º, 2.º, do Cód. Civil francês, a lei não prevê para o

Civil espanhol (norma que implica uma desvantagem para o cônjuge com património inicial não deficitário ou com menor passivo e que, por isso, pode provocar um desequilíbrio nas posições dos cônjuges - M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, p. 1848).

O § 1374.º do BGB, contabilizando-se as dívidas até ao limite do activo existente, aproxima-se dessa solução (trata-se de uma comunhão nos ganhos – *Zugewinngemeinschaft* – e não nas perdas – *Verlustgemeinschaft*). Porém, aquilo que for adquirido durante o regime de bens e que permitiu o pagamento de dívidas anteriores é considerado adquirido e, por isso, ingressa no cálculo do património final.

¹²⁸² Apenas se os restantes bens adquiridos ao longo do casamento e existentes forem insuficientes para o preenchimento do crédito do cônjuge, poderão os terceiros ser forçados à restituição total ou parcial.

A. Colomer, *Droit Civil.*, *cit.*, p. 587, nota 37, considera que, ainda que as doações dos bens originários não figurem no património final, já devem integrá-lo o valor dos melhoramentos que beneficiaram os mesmos bens doados (art. 1574.º, 3.º, do Cód. Civil francês), e integram-nos efectivamente e não apenas ficticiamente, desde que os valores utilizados nos melhoramentos tenham a natureza de adquiridos (o que o art. 1574.º não especifica) e os bens tenham sido doados sem o consentimento do cônjuge. Também Cornu, *ob. cit.*, p. 666.

A inclusão dos referidos bens no património em participação (final) é também estipulada no art. 1593.º, als. b) e c), do Cód. Civil de Macau.

¹²⁸³ A prova da constituição do património originário cabe ao cônjuge a quem o mesmo pertence e é feita nos termos do art. 1570.º, 2.º e 3.º, do Cód. Civil francês. A prova do património final, mais facilitada (podendo efectuar-se por todos os meios e não apenas nos termos do art. 1402.º do Cód. Civil francês, como acontece com o património inicial), é efectuada nos termos do art. 1572.º, 2.º a 4.º, do Cód. Civil francês, e deve realizar-se nos nove meses seguintes à dissolução do regime.

activo final a reavaliação da dívida, o que é considerado chocante pelos autores franceses¹²⁸⁴.

Uma vez apurado os activos líquidos inicial e final subtrai-se ao valor do inicial o valor do final¹²⁸⁵. O resultado determina a participação líquida nos adquiridos, se tiver valor positivo (ou seja, se o valor do activo final for superior ao valor do activo inicial). Se o saldo for negativo (se o património final de um cônjuge for inferior ao seu património inicial), o défice é suportado inteiramente por esse cônjuge (art. 1575.º, 1.º, do Cód. Civil francês). Trata-se de uma participação nos ganhos e não nas perdas, o que denota, neste ponto, a ideia separatista do regime de participação nos adquiridos. Em todo o caso, apesar de não haver uma participação no défice não deixa de haver uma participação no passivo, dado que um cônjuge perde a sua parte nos adquiridos que serviram para pagar uma parte das dívidas¹²⁸⁶.

Se o saldo for positivo haverá lugar a crédito de participação. Pode acontecer que as operações descritas apenas determinem que os adquiridos líquidos surjam apenas do lado de um dos cônjuges. Neste caso o outro terá direito a metade desse valor. Se existirem adquiridos líquidos de ambas as partes, procede-se à sua compensação e apenas o saldo final excedente se partilha, ou seja, o cônjuge com ganhos menores é

¹²⁸⁴ F. Lucet/B. Varelle, *ob. cit.*, p. 81, e A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, pp. 593 e 594. De facto, se se tratar de uma dívida originária que permitiu a aquisição, conservação ou melhoramento de um bem inicial e não se encontrar paga no momento da dissolução do regime matrimonial, a mesma deverá integrar o activo inicial pelo seu valor reavaliado e o activo final pelo valor nominal (M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, p. 323).

A actualização do valor das dívidas é prevista no n.º 3 do art. 1595.º do Cód. Civil de Macau. Esta legislação prevê, para a determinação do montante do património em participação, a inclusão neste das dívidas da exclusiva responsabilidade do cônjuge existentes à data do início do regime de bens e das provenientes de crimes e indemnizações, sanções, restituições e custas judiciais ou multas devidas por factos imputáveis ao cônjuge (art. 1559.º, al. b), do Cód. Civil de Macau), pagas com bens integrados no património em participação durante a vigência do mesmo regime de bens (art. 1593.º, als. d) e f), do Cód. Civil de Macau). Por outro lado, as dívidas ainda não pagas devem deduzir-se ao património em participação para determinação do seu montante (art. 1594.º, n.º 1, al. b), do Cód. Civil de Macau), salvo as relacionadas com a aquisição de bens que só advenham ao cônjuge posteriormente à dissolução do regime da participação nos adquiridos, as indicadas na al. b) do art. 1559.º do Cód. Civil de Macau e as contraídas exclusivamente em benefício do cônjuge, na medida em que não tenham aumentado o património em participação (art. 1594.º, n.º 4, do Cód. Civil de Macau).

¹²⁸⁵ Em vez de património inicial e final, o Cód. Civil de Macau fala em património em participação e património dela excluído, estipulando que a determinação do crédito na participação implica que se efectuem as devidas compensações entre o património em participação de cada cônjuge e o seu património dela excluído (art. 1594.º, n.º 1, al. a), do Cód. Civil de Macau).

¹²⁸⁶ Tal como também decorre do § 1378.º, 2.º, do BGB, como referimos. Por seu lado, também o art. 1594.º do Cód. Civil de Macau prevê que as dívidas devem considerar-se para determinação do crédito de participação. Mas se tal não for tomado em consideração, os credores podem, depois de excutido o património do seu devedor, exigir o pagamento das mesmas ao cônjuge beneficiado com o crédito na participação. Porém, nunca o cônjuge do devedor é chamado a satisfazer dívidas de montante superior ao valor dos bens recebidos por força da satisfação do crédito na participação (art. 1600.º, n.ºs 3 e 4, do Cód. Civil de Macau). Portanto, também daí resulta que, apesar de um cônjuge não responder e não participar nas dívidas do outro, não deixa de poder ser afectado pelo pagamento das dívidas, por via do seu crédito na participação.

credor do seu cônjuge em metade desse excedente (art. 1575.º, 2.º, do Cód. Civil francês)¹²⁸⁷. Se as duas somas coincidem, cada cônjuge conserva a totalidade dos seus adquiridos. Para este cálculo deve atender-se também a todos os créditos que um cônjuge tenha sobre o outro¹²⁸⁸. De facto, tais créditos e indemnizações integram o património inicial do credor e são subtraídos ao património final do devedor. Daí a sua referência no art. 1575.º, 3.º, do Cód. Civil francês. Assim, tais créditos passam a incluir-se numa conta única para apuramento do crédito de participação. Proceder-se-á a uma compensação não apenas entre os diversos créditos entre os cônjuges mas também entre os créditos de um cônjuge e o crédito de participação do outro cônjuge. Integrando uma mesma conta, o crédito de participação pode, por força daqueles créditos, ser aumentado, diminuído ou ser reduzido a zero¹²⁸⁹.

O crédito de participação é pago em dinheiro (art. 1576.º do Cód. Civil francês). Em princípio, uma vez apurado o crédito de participação, o cônjuge credor pode exigir o seu pagamento integral. Porém, o devedor pode, demonstrando que tem dificuldades graves no pagamento imediato, obter do juiz uma moratória, que não pode exceder cinco anos, com prestação de garantias e pagamento de juros¹²⁹⁰. Pode, p. ex., o cônjuge credor, obtida a moratória pelo devedor, tornar-se seu credor hipotecário, pela constituição de uma hipoteca para garantia do seu crédito (art. 2136.º do Cód. Civil francês). Se não se

¹²⁸⁷ P. ex., se se determinar como adquiridos líquidos pelo marido 100.000€ e pela mulher 40.000€, significa que o marido teria direito a participar em 20.000€ nos adquiridos da mulher e esta em 50.000€ nos do marido. Ou seja, após compensação destas somas, resta um saldo final de 30.000€ a favor da mulher.

Importa referir que os cônjuges podem estipular cláusulas de participação desigual, ou seja, por forma a que o crédito de participação de um cônjuge não corresponda a metade dos adquiridos pelo outro.

¹²⁸⁸ De igual modo estipula o art. 1594.º, n.º 2, do Cód. Civil de Macau.

¹²⁸⁹ Pode acontecer que o cônjuge credor a título de participação nos adquiridos passe a devedor do seu cônjuge, se lhe deve somas mais elevadas. Discute-se, nestes casos, se será de aplicar as regras relativas à regulamentação e pagamento do crédito de participação, afastando a generalidade dos autores essa hipótese (dado que as particularidades de tal regulamentação exigem que se trate de regular um crédito por causa da participação nos adquiridos). V., Cornu, *ob. cit.*, p. 671.

Por seu lado, no direito alemão distingue-se o crédito de participação (*Zugewinnausgleich*) dos outros créditos ou somas devidas por um cônjuge ao outro, nomeadamente, por contracção de dívidas da responsabilidade de ambos os cônjuges. Estes créditos não interferem com o apuramento do crédito de participação. V., Dieter Giesen, *ob. cit.*, pp. 173 e 174, e Schwab, *ob. cit.*, pp. 135 e 136. Como refere R. Wever, *Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten ausserhalb des Güterrechts*, 4.ª ed., Bielefeld, Ernst und Werner Gieseking, 2006, p. 158, o reembolso devido por um dos cônjuges ao outro pelo pagamento de dívidas solidárias mantém-se separado da *Zugewinnausgleich*.

¹²⁹⁰ Discute-se se a taxa de juros é a legal ou pode o juiz fixar uma livremente. V., Aubry/Rau, *ob. cit.*, p. 631, Henri Mazeaud, *et alii*, *Leçons de Droit Civil. Régimes matrimoniaux*, cit., p. 610, e Cornu, *ob. cit.*, p. 673, defendendo todos a aplicação da taxa de juros legal. Admitindo uma fixação livre pelo juiz, v., F. Terré/Ph. Simler, *ob. cit.*, p. 626, nota 1. No direito alemão, onde o pagamento a prazo está também sujeito ao pagamento de juros (§ 1382.º, 2.º, do BGB), a respectiva taxa de juros é fixada pelo tribunal (MünchKomm - *Gernhuber*, § 1382 Rdn. 22, p. 510, e Gernhuber/Coester-Waltjen, *ob. cit.*, § 36, VII, 7, pp. 417 e 418).

O referido plano de pagamento não pode ser superior a dois anos no Cód. Civil de Macau (art. 1598.º, n.º 2).

garantir pela constituição de hipoteca pode, havendo moratória no pagamento, ter de concorrer com os restantes credores do devedor, no caso de insuficiência dos bens deste (que constituíram o seu crédito entre a dissolução do regime e a liquidação do crédito de participação)¹²⁹¹.

Excepcionalmente a lei admite o pagamento em espécie. Pode haver, por um lado, interesse do credor em obter certos bens em espécie e, por outro lado, pode uma dação em pagamento permitir ao cônjuge devedor evitar a venda de certos bens em más condições. Em todo o caso, e apesar de o cônjuge surgir como credor e não comproprietário, não se trata de uma dação em pagamento normal, dado que a finalidade comunitária do regime e a qualidade de cônjuges do credor e do devedor justificam uma certa divergência às regras gerais, no interesse dos cônjuges e de terceiros¹²⁹².

Assim, o pagamento em espécie pode resultar de estipulação contratual dos cônjuges em convenção matrimonial, quando houver interesse do cônjuge credor (art. 1581.º do Cód. Civil francês). Pode, de igual modo, resultar de convenção ulterior à dissolução do regime. O pagamento em espécie é, neste caso, considerado uma operação de partilha, desde que o bem atribuído ao cônjuge credor constitua um adquirido (não tenha integrado o património inicial) ou desde que o cônjuge credor seja chamado à sucessão do seu cônjuge (art. 1576.º, 2.º e 3.º, do Cód. Civil francês).

Pode ainda o pagamento em espécie ser determinado pelo juiz se o devedor se encontrar em dificuldades graves para efectuar o pagamento em dinheiro (art. 1576.º, 2.º, do Cód. Civil francês). Caberá ao juiz determinar essas “dificuldades graves” (ausência de liquidez, empréstimos contraídos excessivamente onerosos, etc.) e, no caso de desacordo dos cônjuges, qual ou quais os bens que serão entregues ao credor. Trata-

¹²⁹¹ A insuficiência dos bens pode também decorrer da alienação a título gratuito ou oneroso com fraude efectuada no decurso do casamento sem o consentimento do cônjuge e que foi considerada ficticiamente no cálculo do crédito de participação (art. 1577.º do Cód. Civil francês). O cônjuge credor pode pôr estas alienações em causa, tendo dois anos a partir do término das operações de liquidação (art. 1578.º, 4.º, do Cód. Civil francês). No caso de as alienações serem a título oneroso é preciso provar a má fé dos terceiros adquirentes. Repare-se que, como referem Cornu, *ob. cit.*, pp. 677 e 678, M. Grimaldi, *et alii, ob. cit.*, p. 307, e A. Colomer, *Droit Civil., cit.*, p. 598, nota 62, a acção concedida ao cônjuge credor é a da impugnação pauliana, devendo observar os seus pressupostos.

¹²⁹² A. Colomer, *Droit Civil., cit.*, p. 599 e pp. 601 e 602.

Conforme dispõe o art. 1576.º, 4.º, do Cód. Civil francês, e que implica uma derrogação às regras da dação em pagamento, os credores conservam o direito de penhorar os bens atribuídos ao cônjuge do seu devedor. Nestes casos, o crédito dos cônjuges permanece intacto. Esta solução apenas se aplica ao pagamento em espécie acordado pelos cônjuges depois da dissolução ou estipulado pelo juiz. No caso de ter sido acordado em convenção matrimonial, o interesse dos credores já está acautelado pela existência da própria convenção.

se, neste caso, de uma faculdade concedida apenas ao cônjuge devedor, ou seja, na falta de estipulação por convenção matrimonial ou de acordo ulterior à dissolução, o cônjuge credor tem de aceitar o pagamento em dinheiro. Tal como no caso de estipulação dos cônjuges depois da dissolução, também aqui o pagamento em espécie é considerado uma operação de partilha (art. 1576.º, 3.º, do Cód. Civil francês)^{1293 1294}.

Apesar das vantagens¹²⁹⁵, o regime de participação nos adquiridos francês não deixa de ser objecto de críticas pela doutrina e jurisprudência, sobretudo pelo facto de aparentar uma simplicidade que encobre potenciais dificuldades. A liquidação pode ser muito difícil, dado os cônjuges não disporem de uma contabilidade regular. A. Colomer, entende que o principal problema deriva do divórcio entre a teoria e a prática¹²⁹⁶. Isto é, teoricamente o regime de participação nos adquiridos tem as vantagens e a simplicidade do regime de separação, mas sem as suas desvantagens, dado que alia uma sociedade dos cônjuges nos bens adquiridos. Face aos terceiros o regime traduz também segurança, dado que cada cônjuge detém sobre todos os bens que levou para o casamento e que adquiriu ao longo do mesmo todos os poderes de um solteiro. Mas na prática esta segurança e independência dos cônjuges podem revelar-se ilusórias. De facto, pode um cônjuge pôr em causa as alienações a título gratuito ou onerosas efectuadas com fraude pelo outro cônjuge que ponham em causa o crédito de

¹²⁹³ Discute-se se esta mesma regra vale também para o pagamento em espécie efectuado por aplicação de uma cláusula da convenção matrimonial. Favoráveis a tal aplicação, v., F. Terré/Ph. Simler, *ob. cit.*, p. 634, e Cornu, *ob. cit.*, p. 693. Contra, Henri Mazeaud, *et alii*, *Leçons de Droit Civil. Régimes matrimoniaux*, *cit.*, p. 613, Marty/Raynaud, *ob. cit.*, p. 373, e Rémy Cabrillac, *ob. cit.*, p. 317.

¹²⁹⁴ O art. 1598.º, n.ºs 3 e 4, do Cód. Civil de Macau, prevê também o pagamento excepcional em espécie, por acordo das partes ou por determinação do juiz a pedido fundamentado do devedor ou ainda a requerimento do credor quando o devedor, condenado no pagamento imediato da totalidade ou de parte do crédito na participação, não cumprir o pagamento no prazo de 30 dias após a decisão definitiva.

¹²⁹⁵ De facto, o regime de participação nos adquiridos reúne as vantagens dos regimes de separação e de comunhão de adquiridos. Tal como na separação cada um dos cônjuges é titular dos seus próprios bens, administra-os e pode livremente dispor dos mesmos, bem como contrair dívidas; e, como no regime de comunhão de adquiridos, ambos os cônjuges beneficiam, no momento da dissolução do regime matrimonial, das suas economias obtidas no decurso do casamento.

¹²⁹⁶ A. Colomer, *Droit Civil*, *cit.*, p. 604. V., sobre estas críticas, Henri Mazeaud, *et alii*, *Leçons de Droit Civil. Régimes matrimoniaux*, *cit.*, p. 601 e pp. 614 e 615, e Rémy Cabrillac, *ob. cit.*, p. 304. Ao mesmo problema das dificuldades de liquidação referem-se L. Díez-Picazo/A. Gullón, *ob. cit.*, p. 222. Para estes últimos autores o regime de participação é útil para aqueles cônjuges economicamente independentes com rendimentos separados. No caso de existir um único rendimento no lar, dedicando-se um dos cônjuges (habitualmente a mulher) às tarefas domésticas, o resultado final é muito idêntico ao regime de comunhão de adquiridos, protegendo este regime melhor o estatuto dos cônjuges no decurso da comunhão de bens (com a existência de bens adquiridos e com as regras da administração e disposição conjuntas) do que o regime de participação (que apenas fará surgir um direito de crédito na liquidação do regime).

São as suas falhas que justificam a sua pouca relevância prática, o que, no entender de Henri Mazeaud, *et alii*, *Leçons de Droit Civil. La famille*, *cit.*, p. 545, é lamentável.

participação. Na realidade a co-gestão que este regime visa afastar, acaba por a impor na prática, ao exigir-se, para evitar a incerteza futura, o consentimento do cônjuge para aquelas disposições¹²⁹⁷. E isto mesmo nas alienações a título oneroso (com fraude), em que apenas podem ser postas em causa se o adquirente estiver de má fé, por a prática vir a impor tal comportamento. Por isso, entende o autor citado que é muito difícil assegurar aos cônjuges uma autonomia real permanecendo fiel à tradição comunitária.

O ordenamento jurídico espanhol prevê, nos arts. 1411.º a 1434.º do Cód. Civil espanhol, o regime de *participación*, idêntico ao existente nos ordenamentos francês e alemão. Assim, aplicando-se o regime de separação de bens no decurso do casamento, administrando e dispondo cada um dos cônjuges os seus bens (art. 1412.º do Cód. Civil espanhol), não existem nem bens comuns nem dívidas comuns, sendo as dívidas próprias do cônjuge que as contraiu, salvo as relativas ao sustento da família, nos termos gerais do art. 1318.º do Cód. Civil espanhol (cfr. o art. 1413.º do Cód. Civil espanhol que remete para as normas reguladoras do regime de separação de bens e o art. 1440.º, 2.º, do mesmo código). Só no momento da liquidação existe um crédito correspondente ao cômputo global dos ganhos e perdas de cada património.

Tal como acontece nos ordenamentos jurídicos alemão e francês, se os interesses de um dos cônjuges estiverem gravemente comprometidos pela má (*irregular*) administração que o outro cônjuge realiza dos seus próprios bens (afectando o seu crédito de participação, dado a má administração afectar bens que já não ingressam no património final ou, ingressando, poderá ameaçar a existência de bens suficientes para o pagamento do crédito de participação) pode requerer o fim do regime de participação (art. 1416.º do Cód. Civil espanhol)¹²⁹⁸. A protecção do crédito de participação decorre também do art. 1433.º do Cód. Civil espanhol, ao estipular que não havendo bens no património do cônjuge devedor para satisfação do crédito de participação do outro cônjuge, este pode impugnar as alienações realizadas por aquele a título gratuito sem o seu consentimento e aquelas realizadas em fraude aos seus direitos¹²⁹⁹. Não se concede

¹²⁹⁷ O mesmo é referido por A. Rieg, *ob. e loc. cit.*, p. 930, a propósito do direito alemão. De facto, face ao § 1375.º do BGB, o cônjuge disponente tem todo o interesse em obter o consentimento do seu cônjuge.

¹²⁹⁸ Essa administração irregular é não só a que resulta de uma má actuação ou má sorte nos negócios, mas também havendo administração imprudente, desordenada ou gravemente pródiga ou negligente (Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida, *et alii*, *Elementos de Derecho Civil. Familia, cit.*, p. 277). A norma do art. 1416.º do Cód. Civil espanhol tem como causa de cessação do regime de participação a mesma prevista pelo art. 1393.º, 2.º, do mesmo código, para o regime supletivo de comunhão de adquiridos.

¹²⁹⁹ Esta garantia concedida ao cônjuge credor deve relacionar-se com o disposto nos arts. 1423.º e 1424.º do Cód. Civil espanhol. De facto, adicionando-se ficticiamente ao património final os bens doados e alienados fraudulentamente, o património final apresentará um resultado activo fictício, de forma que o ganho a partilhar seja impossível de satisfazer pelo devedor face aos

uma preferência especial para o seu pagamento face aos restantes credores (como acontece no § 1378.º, 2.º, do BGB), mas concede-se esta especial acção impugnatória, além das regras gerais conferidas a quaisquer credores¹³⁰⁰, sujeita ao prazo de dois anos desde o momento da dissolução do regime de participação (e não desde o momento da sua liquidação). Ficam, porém, sempre salvaguardados os direitos dos adquirentes a título oneroso de boa fé, ou seja, em caso de conflito entre os interesses do credor do crédito de participação e os do adquirente a título oneroso de boa fé prevalecem estes últimos interesses (art. 1434.º do Cód. Civil espanhol)¹³⁰¹.

A estas disposições pode ainda acrescentar-se o dever de informação de cada cônjuge da administração do seu próprio património. De facto, havendo a expectativa de participação nos adquiridos do outro, cada cônjuge deve informar da administração do seu património, sob pena de o outro poder exigir a dissolução antecipada do regime de participação (arts. 1415.º e 1393.º, 4.º, do Cód. Civil espanhol).

Com a dissolução do regime cada cônjuge adquire o direito a participar nos bens adquiridos pelo outro durante a vigência daquele. Surge, assim, o crédito de participação. Para a determinação deste crédito pecuniário é preciso apurar os bens adquiridos pelos patrimónios de cada um dos cônjuges. Esses adquiridos resultam da diferença entre os patrimónios inicial e final de cada cônjuge (art. 1417.º do Cód. Civil espanhol).

De acordo com o art. 1418.º do Cód. Civil espanhol o património inicial de cada cônjuge é constituído pelos bens e direitos que pertenciam ao cônjuge ao iniciar o regime, bem como pelos adquiridos depois por sucessão, doação ou legado¹³⁰². A este

bens que efectivamente existem no seu património. Como vimos idêntico regime decorre dos §§ 1375.º, 2.º, 1378.º, 2.º, e 1390.º do BGB, e art. 1577.º do Cód. Civil francês.

¹³⁰⁰ Nomeadamente, a possibilidade de impugnação com base em fraude (art. 1291.º, n.º 3, do Cód. Civil espanhol), por negócios realizados pelo cônjuge devedor (mesmo após a dissolução do regime).

¹³⁰¹ Como refere M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, p. 1908, a solução dos arts. 1433.º e 1434.º do Cód. Civil espanhol é uma consequência razoável do funcionamento do regime de participação, permitindo contrabalançar a liberdade de disposição dos bens próprios e o carácter meramente creditício do direito de participação.

Quanto à boa fé do adquirente, considera Avila Alvarez, "El régimen económico matrimonial en la reforma del Código Civil", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1981, p. 1403, que a boa fé não fica excluída pelo facto de o adquirente ter conhecimento, nomeadamente pelo registo predial, de que falta o consentimento do outro cônjuge. É que não basta isso, ou seja, para a impugnação é também necessário que não existam bens no património do cônjuge devedor e que não tenham passados mais de dois anos desde a dissolução do regime. Ora, o registo predial não consegue informar a quem adquire no decurso do regime se estes dois factores se verificarão no momento da sua dissolução.

¹³⁰² Tais bens são aferidos de acordo com o estado e o valor que tinham no momento em que se iniciou o regime ou, se for o caso, no momento em que foram adquiridos, não se atendendo aos melhoramentos ou deteriorações sofridos (art. 1421.º do Cód. Civil espanhol). Mas tal valor deve actualizar-se no dia em que o regime tiver cessado. L. Díez-Picazo/A. Gullón, *ob. cit.*, p. 225, apresentam o seguinte exemplo: o marido recebeu em 1945 por doação um prédio rústico mais tarde convertido em prédio urbano.

activo deduzem-se as dívidas que o titular do património tinha no início do regime e as derivadas de heranças ou encargos inerentes às doações ou legados que aumentaram o activo (desde que estas não excedam os bens herdados ou doados), obtendo-se, assim, o património inicial líquido (art. 1419.º do Cód. Civil espanhol). Como já referimos, resulta do art. 1420.º do Cód. Civil espanhol que se o passivo for superior ao activo considera-se que o património inicial é igual a zero (tal como no direito alemão e ao contrário do direito francês).

Por seu lado, estipula o art. 1422.º do Cód. Civil espanhol que o património final é constituído pelos bens e direitos que cada cônjuge seja titular no fim do regime de bens, com dedução das dívidas ainda não satisfeitas (e as dívidas a favor do outro cônjuge – art. 1426.º do Cód. Civil espanhol). Engloba, portanto, a totalidade dos bens de cada cônjuge, ou seja, os originais e os adquiridos a qualquer título¹³⁰³ depois do início da vigência do regime, de acordo com o estado e valor que tiverem no fim do regime¹³⁰⁴. Sendo o património inicial aferido pelo valor que tinha no momento em que se inicia o regime e o património final pelo valor no momento em que o mesmo regime cessa, as mais valias e melhoramentos nos bens constituem ganhos que integram o crédito de participação. Inclui-se também no património final o valor dos bens dispostos pelo cônjuge titular dos mesmos a título gratuito sem o consentimento do outro, salvo tratando-se de liberalidades de uso (art. 1423.º Cód. Civil espanhol). O mesmo vale para os actos praticados por um dos cônjuges com fraude aos direitos do outro (art. 1424.º

Para a determinação do património inicial do marido deve atender-se ao valor do bem doado em 1945 (p. ex., 10.000 pesetas), actualizando-se o referido valor para a actualidade (p. ex., 300.000 pesetas), independentemente da valorização resultante da conversão do prédio em urbano.

Repare-se que a lei apenas exige a actualização do valor dos bens e não das dívidas. Se o objectivo é evitar que se produza um ganho fictício, produto apenas da desvalorização, deverá aplicar-se o mesmo critério para as dívidas a deduzir ao activo, dado que se o activo se actualiza o não o passivo, o saldo do património inicial é fictício e, com isso, também o ganho que resulta depois quando ao património inicial se retira o valor do património final (A. López/V.L. Montés/E. Roca, *et alii*, *ob. cit.*, p. 275, e L. Díez-Picazo/A. Gullón, *ob. cit.*, p. 225). A actualização do valor dos bens não é necessariamente efectuada reportando-se ao índice de preços (ao contrário do que vimos ser defendido pela doutrina e jurisprudência alemãs) nem reportando-se ao mesmo índice para todos os bens (contra, Llopis Giner, *et alii*, *ob. cit.*, p. 122, que defende a adopção de um critério uniforme para todos os bens), ou seja, deve reportar-se a um índice fiável acordado pelas partes ou estipulado pelo juiz, e que melhor se ajuste à evolução do valor da moeda que se repercute sobre o preço de cada bem em concreto (Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida, *et alii*, *Elementos de Derecho Civil. Familia*, *cit.*, p. 279).

¹³⁰³ De facto, também os bens adquiridos a título gratuito ingressam no património final, ainda que também se computem no património inicial.

¹³⁰⁴ L. Díez-Picazo/A. Gullón, *ob. cit.*, p. 225, consideram não ser necessária aqui qualquer actualização dos valores. Consideramos, porém, que a mesma poderia ser necessária se o fim do regime não coincidir com a sua liquidação.

Cód. Civil espanhol)¹³⁰⁵. Caso contrário, não ingressando tais disposições a título gratuito no património final, facilmente desapareceriam os bens adquiridos. Não pode uma disposição gratuita de um dos cônjuges afectar o direito de participação do outro nos bens adquiridos por aquele. Por isso, e tal como ocorre nos direitos alemão e francês, há uma inclusão fictícia de tais bens no património final, pelo estado que tinham no momento da sua disposição e pelo valor que teriam se ainda integrassem o património final no fim do regime (art. 1425.º Cód. Civil espanhol)¹³⁰⁶. É importante referir também que os créditos que um cônjuge tenha sobre o outro, nomeadamente, por ter pago dívidas deste, integram o património final do cônjuge credor e deduzem-se ao património do cônjuge devedor (art. 1426.º Cód. Civil espanhol)¹³⁰⁷.

O crédito de participação determina-se pela diferença entre o património final e o património inicial de cada cônjuge. Se o saldo final for negativo, não haverá crédito de participação, não havendo participação nas perdas.

Se o saldo final for positivo por parte dos patrimónios dos dois cônjuges, a participação realiza-se pela atribuição ao cônjuge cujo património tenha obtido menos ganhos do direito a receber metade da diferença entre os seus ganhos e os ganhos do seu cônjuge (art. 1427.º Cód. Civil espanhol)¹³⁰⁸. Se apenas um dos patrimónios dos cônjuges tiver saldo positivo, o crédito de participação do cônjuge não titular de tal património será de metade desse saldo (art. 1428.º Cód. Civil espanhol)¹³⁰⁹. Portanto, o

¹³⁰⁵ Para uma análise dos critérios para aferição da existência de fraude, v., M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 1870-1874.

¹³⁰⁶ L. Díez-Picazo/A. Gullón, *ob. cit.*, p. 226, consideram esta aferição do valor no momento da dissolução do regime como uma medida de sanção do doador. O sistema de valorização previsto no art. 1425.º do Cód. Civil espanhol não é adequado, como referem Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida, *et alii*, *Elementos de Derecho Civil. Familia*, *cit.*, p. 281, para certos bens de consumo que perdem valor com o decurso do tempo, como acontece, p. ex., com os automóveis.

¹³⁰⁷ Podendo ocorrer, como vimos no direito francês, compensações entre os créditos de um cônjuge ao outro e o crédito de participação (M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, p. 1879).

¹³⁰⁸ P. ex., a mulher apresenta um património inicial de 300 e um património final de 500, ou seja, um saldo final positivo de 200. O marido, por seu lado, tem um património inicial de 200 e um património final de 300, isto é, um saldo final de 100. A diferença entre os adquiridos de ambos é de 100. Como o resultado do marido é inferior (100) do que o da mulher (200), o marido recebe da mulher metade da diferença entre os seus adquiridos e os da mulher, ou seja, metade de 100 – 50 (Lledó Yagüe, *et alii*, *ob. cit.*, p. 294).

¹³⁰⁹ P. ex., a mulher apresenta um património inicial de 300 e um património final de 200, ou seja, um saldo final negativo com um défice de 100. O marido, por seu lado, tem um património inicial de 200 e um património final de 300, isto é, um saldo final positivo de 100. Assim, a mulher receberá do marido metade do aumento verificado no património do marido, ou seja, metade de 100 – 50 (Lledó Yagüe, *et alii*, *ob. cit.*, p. 295).

Ainda que, por regra, o crédito de participação seja de metade, podem os cônjuges estipular no momento da constituição do regime uma diferente participação, desde que seja a mesma proporção para ambos os patrimónios dos cônjuges e a favor de ambos (art. 1429.º Cód. Civil espanhol). Só assim não poderá convencionar-se se existirem descendentes não comuns, por considerar-se que tal acordo pode prejudicar os seus direitos sucessórios (art. 1430.º Cód. Civil espanhol), pela redução do património do seu

crédito de participação será do cônjuge cujo património não obteve bens ou adquiriu-os em menor quantidade.

O crédito de participação, como crédito pecuniário, deve ser satisfeito em dinheiro (art. 1431.º Cód. Civil espanhol) e imediatamente. Contudo, pode o juiz estipular, sempre que o devedor tenha dificuldades graves, um pagamento a prestações desde que o período não exceda três anos e que a dívida e seus juros sejam devidamente acautelados (art. 1431.º Cód. Civil espanhol).

Admite-se, porém, excepcionalmente, o pagamento em espécie (dação em pagamento), desde que haja acordo dos interessados ou por concessão do juiz a pedido do devedor, por falta de liquidez e impossibilidade de pagamento (art. 1432.º Cód. Civil espanhol). A possibilidade do pagamento em espécie salvaguarda a posição do credor, que pode não conseguir obter o seu crédito de participação de outra forma¹³¹⁰, e permite também que o devedor consiga efectuar o seu pagamento no caso de dificuldades graves de o fazer em dinheiro.

Uma vez efectuada a liquidação importa atender aos direitos dos credores dos cônjuges. De facto, se tal for necessário para o pagamento do seu crédito, podem os credores impugnar a liquidação efectuada, sem a sua participação, com fraude aos seus direitos (art. 1291.º, 3.º, do Cód. Civil espanhol). Poderão também intervir, por si, na liquidação, para evitar que esta se efectue com prejuízo para os seus direitos (art. 1083.º do Cód. Civil espanhol)¹³¹¹.

Portanto, e tratando-se de analisar a questão da responsabilidade por dívidas, os credores não podem ver a garantia patrimonial constituída pelo património do seu devedor (e existente no decurso do regime) afectada no momento da liquidação e apuramento do crédito de participação. É evidente que os bens do seu devedor continuam no seu património (salvo se excepcionalmente houver pagamento em

ascendente pela modificação acordada. A limitação não se justifica se os descendentes forem comuns, dado que aí serão herdeiros de ambos os cônjuges e o que não recebam de um recebem do outro.

Repare-se, em todo o caso, que essa participação desigual pode decorrer do disposto no art. 1420.º Cód. Civil espanhol, que pode conduzir a uma participação desigual nos ganhos obtidos pelos cônjuges (dado que o cônjuge com passivo superior utilizará bens adquiridos para pagamento das suas dívidas e tal não será contabilizado). M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, p. 1851, sugere a introdução de uma correcção neste caso havendo descendentes não comuns, ou seja, elevar ficticiamente o património inicial do cônjuge não deficitário na mesma quantia do défice do outro.

¹³¹⁰ Além de que pode ser-lhe vantajoso em situações de elevada inflação, para garantir a conservação do valor real da sua participação, já que a reavaliação da dívida não está prevista nem mesmo no caso de pagamento a prestações (art. 1431.º Cód. Civil espanhol). M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 1897 e 1898.

¹³¹¹ M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, p. 1832. Acrescenta o autor que já é duvidoso saber se o credor pode paralisar o pagamento do crédito de participação, quando possa estar em causa a satisfação ou a completa satisfação dos seus créditos.

espécie), mas poderá haver uma diminuição dos valores que o integram, necessários para o pagamento do crédito de participação ao outro cônjuge, mesmo que as dívidas ainda não pagas sejam excluídas do património final para apuramento do crédito de participação (como acontece, aliás, nos direitos alemão e francês, como vimos). De facto, e para acautelar a posição dos terceiros credores, o § 1378.º, 2.º, do BGB, dispõe que o pagamento do crédito de participação do cônjuge está limitado ao activo existente depois de pagas as dívidas aos credores, disposição não existente no direito espanhol.

Acresce que, podem sempre os cônjuges defraudar os direitos de terceiros credores acordando um pagamento em espécie do crédito de participação (e o mesmo se diga em relação aos ordenamentos jurídicos vistos onde se regula o regime de participação nos adquiridos). Assim, e na falta de disposição semelhante ao § 1378.º, 2.º, do BGB, é importante acautelar a posição dos credores, permitindo-lhes, além do recurso aos meios gerais de impugnação da liquidação efectuada se se visou afectar os seus direitos (impugnação pauliana), a possibilidade de intervir, só para acautelar os seus direitos, na liquidação do regime de participação.

Críticas semelhantes às que vimos serem apontadas no ordenamento jurídico francês são referidas no direito espanhol ao regime de participação. É a sua demasiada complexidade que representa o principal inconveniente do regime. Mas, mais que isso, e como referem Lacruz Berdejo e Sancho Rebullida, a objecção a este regime deve-se mais à sua novidade do que às dificuldades de aplicação prática. Com efeito, a comunhão de adquiridos também levanta problemas e pode revelar-se igualmente confusa, só que as suas normas são aplicadas há muitos anos, sendo largamente conhecidas na sua aplicação prática. Portanto, apesar da complexidade, o regime não é mais confuso que a comunhão de adquiridos, tendo a vantagem de, à semelhança do regime de separação, serem as relações patrimoniais dos cônjuges entre si e com terceiros muito mais simples que no regime de comunhão¹³¹².

Repare-se que a vantagem do regime de participação nos adquiridos é, como referimos, a de vigorar o regime de separação de bens no decurso do casamento, facilitando a regulamentação das relações de cada um dos cônjuges com terceiros credores, sobretudo se, por simplificação do regime da responsabilidade por dívidas,

¹³¹² Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida, *et alii*, *Elementos de Derecho Civil. Familia*, cit., p. 275. Román García, *El matrimonio y su economía...*, cit., p. 153, considera, por outro lado, que o regime de participação, mal assimilado pelos aplicadores do direito e mal tratado fiscalmente, não tem êxito, provavelmente por se afastar da tradição e dos costumes domésticos. Manifesta, por isso, este autor a sua preferência pelo regime de separação de bens como regime supletivo, por ser o que melhor se adapta às novas exigências do casamento (p. 154).

este se aproximar do regime geral do Direito das Obrigações (com excepção das dívidas relativas aos encargos normais da vida familiar). Ou seja, as dívidas contraídas por cada um dos cônjuges a ele responsabiliza; as contraídas pelos dois são da responsabilidade de ambos (conjunta ou solidariamente consoante a forma como se obrigaram). É, assim, acautelada a posição de cada um dos cônjuges face às dívidas contraídas pelo outro (pelas quais não responde), traduzindo a autonomia patrimonial e financeira dos cônjuges; é, por outro lado, protegida a posição dos terceiros credores que sabem que podem contar com o património do seu devedor como garantia geral das obrigações não só no decurso do regime como no momento da sua liquidação. Com efeito, a posição do terceiro credor deve ser assegurada com uma norma semelhante à prevista no § 1378.º, 2.º, do BGB, para que os seus créditos não sejam postos em causa pelo pagamento do crédito de participação ao cônjuge¹³¹³ ou permitindo-lhes a intervenção na liquidação do regime como acontece no direito espanhol. Em todo o caso, parece-nos que a posição dos credores estará mais protegida no primeiro caso, já que a possibilidade de participação na liquidação exige-lhes uma intervenção processual com a prova dos seus créditos, o que é facilitado no primeiro caso. Paralelamente, e sobretudo nas situações em que a partilha de acordo com o regime de separação de bens pode revelar-se injusta (p. ex., se um dos cônjuges não auferiu qualquer rendimento ao longo do casamento, dedicando-se ao lar e educação dos filhos, e auxiliando, dessa forma, o aumento da fortuna pessoal do outro), a participação nos adquiridos permite ao cônjuge com menores ganhos uma participação nos adquiridos pelo outro ao longo do casamento, permitindo corrigir a referida injustiça na liquidação e partilha¹³¹⁴. Portanto, apesar dos problemas de cálculo que possam surgir na liquidação do regime, a sua partilha pode revelar-se mais justa que num regime de separação puro.

É evidente que um regime de responsabilidade por dívidas como o referido (em que cada um dos cônjuges responderia pelas dívidas que contraiu, assegurando-se a posição do credor ao longo do casamento e no momento da liquidação e partilha do regime de bens) poderia também existir nos regimes de comunhão. Contudo, e mesmo admitindo uma alteração do actual regime da responsabilidade por dívidas por um mais simples,

¹³¹³ Salvaguardando-se, em paralelo, a posição do cônjuge credor contra actuações fraudulentas do seu cônjuge, permitindo-lhe exigir o pagamento do seu crédito de participação ao terceiro nas situações em que tenha havido doações a terceiros com o intuito de prejudicar o cônjuge ou outros quaisquer actos jurídicos com fraude aos direitos do cônjuge conhecidos pelos terceiros.

¹³¹⁴ Muitas vezes os tribunais procuram corrigir a injustiça referida no texto, que surge no regime de separação de bens, por recurso a certos institutos do Direito comum, como a sociedade de facto entre os cônjuges ou o instituto do enriquecimento sem causa.

como referiremos, sempre teríamos a existência de um património especial (património comum) que complicaria o regime. Além disso, tal regime simplificado coaduna-se melhor com a ideia do regime de separação ou de base separatista que se aproxima, por si, do regime geral e sem a existência de um património comum. Manifestamos, por isso, desde já a nossa preferência por este regime que, além de proteger um cônjuge face às dívidas contraídas pelo outro (traduzindo a autonomia patrimonial entre os mesmos), não prejudica os terceiros credores (apesar de não existir um património comum que possa responder por certas dívidas), sobretudo se, e existindo um regime de participação nos adquiridos, se acautelar a sua posição no momento da liquidação do regime, além da possibilidade de recurso às regras gerais como a impugnação pauliana.

5. A regulamentação legal portuguesa: análise de algumas disposições legais e o direito comparado

Não pretendemos assumir uma posição quanto à preferência de um regime de bens de comunhão ou de separação, mas apenas apontar as vantagens ou inconvenientes de cada um do ponto de vista da responsabilidade por dívidas dos cônjuges e interesses de terceiros credores. Em termos gerais, pode dizer-se que o regime de separação beneficia de uma maior simplicidade, assegurando, pelo menos formalmente, uma igualdade entre os cônjuges¹³¹⁵. Por seu lado, o regime de comunhão de adquiridos tem a vantagem de

¹³¹⁵ Seguimos aqui Pereira Coelho/Guiherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 523-525. Por seu lado, Antunes Varela, *ob. cit.*, p. 453, defende que a comunhão de adquiridos é um regime mais defensável do que o de separação de bens, “que não corresponde ao espírito comunitário do casamento, não tem raízes nos sentimentos do povo, e constitui, além disso, o regime em que o cônjuge menos escrupuloso mais facilmente pode defraudar o seu consorte”. Contra, Leite de Campos, *Lições...*, *cit.*, pp. 379 e 380, que considera possível uma completa comunhão de vida entre os cônjuges, mas sem que implique relações jurídicas patrimoniais diferentes daquelas que se estabelecem entre duas pessoas estranhas. Defende que o regime de separação de bens coaduna-se melhor com a independência profissional e patrimonial dos cônjuges. E tal regime de separação pode, na prática, ser transformado num regime de comunhão pelo entendimento entre os cônjuges. Pelo contrário, os regimes de comunhão não só não contribuem para o bom entendimento entre os cônjuges como agravam as consequências indesejáveis no caso de desentendimento. Sugere mesmo o afastamento do regime de comunhão e a eliminação dos bens comuns como forma de resolver os problemas que surgem em resultado das regras de administração comum (p. 424) e da necessidade do consentimento de ambos os cônjuges para a disposição dos bens comuns (p. 413). De facto, um desentendimento pessoal reflecte-se no aspecto patrimonial, tornando impossível o acordo dos cônjuges para a administração e disposição dos bens e, em consequência, paralisando a vida económica do casal. Também Pamplona Corte-Real, *ob. cit.*, p. 113, nota 224, pronuncia-se a favor do regime de separação de bens como futuro regime supletivo. Aliás, já em 1924, Aurora de Castro e Gouveia, “Situação da mulher casada nas relações matrimoniais dos bens do casal”, *Gazeta da Relação de Lisboa*, ano 37.º, 1924, p. 372, defendia que o regime matrimonial legal deveria ser o da separação absoluta de bens.

Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, p. 283, escreve que o regime de separação corresponde à preocupação dos cônjuges que exercem actividades profissionais independentes, a maior parte das vezes associadas a um risco de passivo. Pelo contrário, pode implicar

fazer participar ambos os cônjuges nos bens adquiridos depois do casamento, dando ao cônjuge (habitualmente a mulher) que se dedica à actividade doméstica, não remunerada, a parte que lhe cabe nos ganhos e economias do outro (o marido), correspondendo ao ideal de comunhão dos cônjuges no plano patrimonial. A comunicação dos rendimentos dos bens próprios e das aquisições a título oneroso feitas no decurso do casamento constitui uma justa e proporcionada participação dos dois cônjuges nos resultados dos seus esforços comuns e da colaboração material e moral que mutuamente prestam¹³¹⁶.

Por outro lado, e como já referimos, não há propriamente um regime puro de comunhão ou de separação, assistindo-se à penetração de ideias separatistas nos regimes de comunhão e de ideias comunitárias no regime de separação. Nos regimes de comunhão os patrimónios próprios dos cônjuges aumentam em detrimento do património comum, assumindo ambos os cônjuges iguais poderes de administração; na separação de bens prevê-se uma contribuição proporcional dos cônjuges para os encargos do casal, bem como restrições aos poderes do proprietário da casa de morada da família e a comunicabilidade de algumas dívidas, além de que a celebração de certos negócios entre os cônjuges, as aquisições em compropriedade ou a abertura de contas

desvantagens para o cônjuge que se dedica ao lar e não trabalha fora, dado não haver a participação nos enriquecimentos do outro cônjuge (referindo as mesmas desvantagens, v., Lledó Yagüe, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 277 e 278). Por isso, a jurisprudência, sobretudo em casos de divórcio, tem tentado encontrar correctivos a esta total independência (p. ex., indemnizações compensatórias, existência de sociedade de facto ou recurso ao instituto do enriquecimento sem causa). V. também, Henri Mazeaud, *et alii*, *Leçons de Droit Civil. Régimes matrimoniaux*, *cit.*, pp. 584-587, e Jacques Leroy, *loc. cit.*, pp. 64-67.

¹³¹⁶ Braga da Cruz, “O problema do regime matrimonial de bens supletivo...”, *loc. cit.*, p. 196. V., por outro lado, as críticas apontadas ao actual regime supletivo de comunhão de adquiridos por Esperança Pereira Mealha, *ob. cit.*, pp. 23-25, sendo de destacar o modo de constituição do património comum, as limitações ao poder de disposição dos bens e as ilegitimidades conjugais.

Foi alegando esta filosofia subjacente ao regime de comunhão de adquiridos – de que o património comum deve ser composto por bens adquiridos em resultado do esforço conjugado de ambos os cônjuges, sob pena de permitir um enriquecimento injustificado de um cônjuge face ao outro – que o ac. da RL, de 09.01.2001 (*RLJ*, ano 133.º, 2001, p. 348, e *Col. Jurisp.*, tomo I, 2001, p. 76), excluiu da comunicabilidade o bem imóvel que a mulher adquiriu por sorteio (aquisição a título oneroso ainda que através de negócio aleatório), decorrente de compras num supermercado realizadas com dinheiro da mãe desta, no decurso da separação de facto do seu marido, com quem estava casada em regime de comunhão de adquiridos, e que deixou de contribuir para as despesas domésticas. Em todo o caso, convém referir que, e uma vez que a questão se discutia para efeitos de partilha do casal, ainda que a solução seja justa, deveria ter assentado na possibilidade de fazer retroagir os efeitos do divórcio, que foi decretado com culpa do marido, à data em que cessou a coabitação dos cônjuges (art. 1789.º, n.º 2) ou no regime da sub-rogação dos bens próprios (o dinheiro da mãe) nos termos do art. 1723.º, al. c). De facto, e como refere Guilherme de Oliveira, “Bem adquirido num sorteio; comunhão de adquiridos, separação de facto e divórcio – anotação ao ac. da RL, de 9 de Janeiro de 2000”, *RLJ*, ano 133.º, 2002, p. 351 (que sugere também o recurso ao abuso de direito), os requisitos de prova da referida al. c) devem considerar-se preenchidos, dado haver negócios em que seria despropositado fazer tais exigências: seria o caso da venda e compra em sessão da Bolsa de uma carteira de títulos que nasça como bem próprio do titular ou da introdução dos boletins na tómbola do sorteio na caixa do supermercado. Além disso, e pelo menos para efeitos de compensações, sempre se admite a referida prova da proveniência dos valores entre os cônjuges, não estando em causa interesses de terceiros.

bancárias implicam alguma confusão patrimonial¹³¹⁷. São estas aproximações entre os dois regimes que levam algumas legislações a tentar combinar os dois, como acontece com o regime de participação nos adquiridos. O objectivo é fazer com que ambos os cônjuges participem, de forma justa, no valor dos bens adquiridos ao longo do casamento¹³¹⁸.

Por seu lado, nos países anglo-saxónicos e nos países nórdicos o regime legal, evitando os inconvenientes dos regimes de comunhão e os cálculos do regime de participação nos adquiridos, é o de separação de bens¹³¹⁹. De facto, os regimes

¹³¹⁷ Também A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., p. 542, refere que atendendo a tal “confusão” a independência e a simplicidade do regime de separação evaporam-se. Jacques Leroy, *loc. cit.*, p. 34, traduzindo a mesma ideia, afirma que a simplicidade da separação de bens desaparece com a inevitável confusão de bens no decurso do casamento. É a essa penetração de ideias “comunitárias” no regime de separação que se refere Farafina L. Boussougou-Bou-Mbine, *ob. cit.*, passim. Chama, nomeadamente, a atenção o autor à questão de haver uma comunhão de interesses dos cônjuges casados em separação de bens, traduzida na aquisição em comum de certos bens (sobretudo, a casa de morada da família e os bens que integram o seu recheio), na presunção de compropriedade do art. 1538.º, 3.º, do Cód. Civil francês, na existência de dívidas que responsabilizam solidariamente os cônjuges (art. 220.º do Cód. Civil francês), na concessão de mandato entre os cônjuges para administração dos seus bens próprios, na necessidade de liquidação do próprio regime de separação, etc.

¹³¹⁸ Karl H. Neumayer, *Die Kombination von Vermögenstrennung und Vermögensteilhabe im ehelichen Güterrecht*, Berlin/Tübingen, Walter de Gruyter & CO./J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1954, p. 381, a propósito da combinação de um sistema de separação de patrimónios com uma participação no património, afirma a ideia do texto, ou seja, importa assegurar que durante o casamento os cônjuges adquirem bens que livremente administram e dispõem e que no fim do regime de bens um dos cônjuges participe nos bens adquiridos pelo outro (em espécie ou no seu valor).

¹³¹⁹ Só com os *Married women's property Acts* de 1882 e 1883, o *Bankruptcy Act* de 1914, o *Trustee Act* e o *Law of property Act* de 1925, passou a vigorar na Inglaterra entre os cônjuges a separação de bens (ainda que, como afirma Mary Ann Glendon, *ob. cit.*, p. 124, os países da *common law* não tenham um termo específico para as suas regras reguladoras das relações patrimoniais entre os cônjuges). Até aí todos os bens da mulher passavam a ser, com o casamento, propriedade do marido (“(...) *husband and wife became legally one – (...) the husband was that one*” - S.M. Cretney/J.M. Masson/R. Bailey-Harris, *ob. cit.*, p. 103, e Stephen Cretney, *Family Law in the Twentieth Century. A History*, Oxford, University Press, 2003, p. 91). V., para uma análise da evolução histórica no direito inglês, com a progressiva separação dos patrimónios dos cônjuges e autonomia da mulher, Bromley, *Family Law*, 2.ª ed., London, Butterworths, 1962, pp. 401-413. Em todo o caso, o legislador inglês tentou evitar algumas injustiças que podiam resultar de uma completa separação de patrimónios. Assim, pelo *Married Women's Property Act* de 1964 determinou uma presunção de compropriedade em partes iguais em relação a certos bens (bens adquiridos graças às economias resultantes das somas destinadas às despesas do lar). O *Matrimonial Homes Act* de 1967 exigiu autorização do tribunal para que o cônjuge proprietário da casa de morada da família possa expulsar o outro dela. O *Matrimonial Proceedings and Property Act* de 1970 regulou o direito resultante para um cônjuge dos melhoramentos que efectuou nos bens do outro. Com uma análise aprofundada das alterações legislativas no direito inglês tendentes a uma maior justiça depois do estabelecimento do princípio da separação de bens, v., Stephen Cretney, *Family Law in the Twentieth Century...*, cit., pp. 98-141. Esta preocupação pela correcção das regras do regime puro de separação dos países da *common law* é também referida por A. Rieg, “Traits fondamentaux de l'évolution du droit des régimes matrimoniaux dans l'Europe du XXe siècle”, in AAVV, *Le Droit de la Famille en Europe. Son évolution depuis l'antiquité jusqu'à nos jours*, sob a direcção de Roland Ganghofer, Actes des journées internationales d'Histoire du Droit, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992, pp. 426 e 427, e Marino Bin, *Rapporti patrimoniali tra coniugi e principio di eguaglianza*, Memoria dell'Istituto Giuridico, Torino, G. Giappichelli Editore, s.d., pp. 172-196. Significa, portanto, que, não obstante o regime de bens e a titularidade dos mesmos, o tribunal, em caso de dissolução do casamento, tem poderes para partilhar os bens adquiridos ao longo do casamento de acordo com certos critérios e objectivos, com vista a um justo resultado (v., S.M. Cretney/J.M. Masson/R. Bailey-Harris, *ob. cit.*, p. 105, e Section 25 do *Matrimonial Causes Act* de 1973). Daí o recurso às teorias do *resulting trust* (quando há uma contribuição directa de um dos cônjuges na aquisição de um bem titulado exclusivamente pelo outro cônjuge, será atribuída

comunitários e de participação nos adquiridos implicam sempre questões de valorização de bens e direitos, dada a existência de patrimónios próprios e de património comum e a sua constante comunicação, ainda que mais acentuadas no regime da *Zugewinnngemeinschaft*¹³²⁰.

Pelo contrário, a reforma do direito italiano em 1975 substituiu o regime de separação como regime supletivo pelo de comunhão, permitindo, dessa forma, a protecção do cônjuge mais débil e o reconhecimento do trabalho doméstico da mulher - traduzidos na participação igualitária no património comum e na administração dos bens¹³²¹. Além disso, e como escreve M.^a Rita Lobo Xavier, em alguns estados dos E.U.A. a regra da *Common Law*, segundo a qual, em caso de divórcio, os patrimónios dos cônjuges seriam divididos de acordo com os respectivos títulos de aquisição, foi substituída pelo sistema de *Community Property*¹³²², onde existe uma divisão igualitária do património adquirido depois do casamento por qualquer um dos cônjuges¹³²³. Noutros estados optou-se pelo sistema da *equitable distribution*, onde, em caso de divórcio, o tribunal pode distribuir equitativamente entre os cônjuges os bens adquiridos durante o casamento, independentemente de o respectivo título de aquisição dizer respeito a apenas um deles (o que provocou o aumento dos acordos antenupciais para evitar a incerteza de uma indivisão operada no final do casamento pelos critérios do

àquele uma parte no bem, proporcional à sua contribuição, deduzindo-se das circunstâncias a existência de um acordo dos cônjuges de comunhão de bens, procedendo-se, dessa forma, à divisão dos bens adquiridos), *implied trust* (quando a participação de um cônjuge nos bens do outro decorre da existência de acordo tácito) ou do *constructive trust* (quando se trate de acordos supostos pelo juiz com objectivos de equidade, independentemente de se deduzir tal intenção da conduta das partes). Pode mesmo acontecer, por recurso à equidade, que a responsabilidade de um dos cônjuges seja afastada. De facto, e sobretudo estando em causa a aquisição da casa de morada da família, os cônjuges são chamados a assumir ambos a dívida resultante de empréstimo bancário. Várias decisões jurisprudenciais de tribunais ingleses abordaram a possibilidade de proteger o cônjuge que foi influenciado pelo outro a co-responder pela dívida, por forma a afastá-lo da responsabilidade pela mesma (v., S.M. Cretney/J.M. Masson/R. Bailey-Harris, *ob. cit.*, pp. 151-156). A preocupação pela correcção das regras da separação de bens é também referida por Lilian Edwards/Anne Griffiths, *ob. cit.*, pp. 282-284, relativamente ao ordenamento jurídico escocês. Também Martin Guggenheim, "Family Law", in AAVV, *Fundamentals of American Law*, sob a direcção de Alan B. Morrison, New York University School of Law, Oxford University Press, 1996, p. 423, nota a preocupação de vários estados americanos numa distribuição mais justa dos bens adquiridos no decurso do casamento, independentemente da propriedade dos mesmos bens.

¹³²⁰ Pamplona Corte-Real, *ob. cit.*, p. 89.

¹³²¹ A. Finocchiaro/M. Finocchiaro, *Riforma del diritto...*, *cit.*, p. 448, Rodolfo Sacco, "Regime patrimoniale della famiglia", *ob. e loc. cit.*, p. 320, e "Del regime patrimoniale della famiglia", in AAVV, *Commentario al diritto italiano della famiglia*, *cit.*, sob a direcção de Cian/Oppo/Trabucchi, pp. 9 e 10, e A. Galasso, *ob. cit.*, p. 1.

¹³²² Em todo o caso, as correcções de tipo comunitário ao regime separatista podem representar alguns perigos para a liberdade individual dos cônjuges.

¹³²³ M.^a Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, *cit.*, pp. 449-452.

juiz)¹³²⁴. Na Holanda, por seu lado, vigora o regime de comunhão geral, mas cada cônjuge administra os seus bens e dispõe livremente deles.

A necessidade de protecção do cônjuge que fica no lar (pela participação nos adquiridos no fim do casamento) não se justifica como há uns anos atrás. Em todo o caso, pode ainda haver necessidade de conceder alguma protecção em alguns casos. Mas tal protecção não implica uma participação nos bens adquiridos ao longo do casamento, podendo passar pela compensação a fixar por contribuição para os encargos da vida familiar além daquilo a que estava obrigado¹³²⁵. Como entende M.^a Pilar Alvarez Olalla, cabe ao sistema jurídico evitar que a debilidade de um cônjuge face ao outro se produza, adoptando as medidas necessárias para se alcançar uma igualdade no processo educativo e de formação de ambos os sexos, para fomentar o emprego e o livre acesso de ambos os cônjuges ao mundo laboral¹³²⁶. Deve, assim, evitar a debilidade, e

¹³²⁴ Acordos esses que muitas vezes os juizes ignoram, continuando a distribuir o património adquirido segundo critérios de equidade. Foi para resolver a incerteza quanto à validade e eficácia dos contratos antenupciais, cuja celebração era cada vez mais frequente, que foi elaborado o *Uniform Premarital Agreement Act* em 1983.

¹³²⁵ Além de que, não podemos esquecer, o cônjuge será sempre herdeiro legítimo do outro, ou seja, a sua posição estará acautelada também no momento da morte do outro.

Beitzke/Lüderitz, *ob. cit.*, p. 107, referindo como principais desvantagens do regime de separação de bens o facto de o cônjuge que não auferir quaisquer rendimentos não participar nos bens adquiridos pelo outro cônjuge para cuja aquisição também contribuiu e o de não haver limitações à disposição dos bens utilizados no lar, afirmam que a comunhão de bens não é necessária para a protecção da vida matrimonial comum, bastando prever meios, nomeadamente, de evitar as livres disposições dos bens fundamentais como o recheio da casa de morada da família ou realizando certos contratos entre os cônjuges para prevenir a situação do mais desfavorecido (p. ex., seguros de vida, contratos sucessórios, testamento, doações, etc. A jurisprudência alemã recorre também à constituição de uma sociedade entre os cônjuges para regular as suas relações no momento da dissolução do regime de separação e para proteger o cônjuge desfavorecido) (pp. 150 e 151).

¹³²⁶ M.^a Pilar Alvarez Olalla, *ob. cit.*, pp. 31 e 32. Considera também Gabrielli/Cubeddu, *ob. cit.*, p. 13, que a igualdade entre os cônjuges e a eventual protecção de um deles não exige a adopção de um regime de comunhão, ou seja, não é este um meio imprescindível para atingir tais objectivos. Ennio Russo, *Il Codice Civile Commentario...*, *cit.*, p. 39, considera também que a igualdade moral e jurídica dos cônjuges não exige a adopção do regime de comunhão como regime supletivo, atingindo-se pela estipulação do regime patrimonial primário aplicável a todos os casamentos. A. de Cossio y Corral, *Instituciones de Derecho Civil*, tomo II, Madrid, Civitas, 1988, p. 453, defende que a “pior situação” do cônjuge casado em regime de separação pode ser resolvida por força do disposto no art. 1438.º do Cód. Civil espanhol. Contra, M.^a Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, *cit.*, pp. 566-576, para quem o regime de comunhão permite o justo reconhecimento no plano patrimonial da contribuição de ambos os cônjuges para a formação do património familiar e para a satisfação das necessidades da família. Considera a autora que o regime de comunhão é, por um lado, o que melhor se coaduna com a interpenetração patrimonial que ocorre durante o casamento e, por outro lado, assegura uma partilha mais justa dos bens ao partilhar os bens adquiridos ao longo do casamento. Com o mesmo entendimento, v., L. Díez-Picazo/A. Gullón, *ob. cit.*, p. 215. J. Martínez Cortés, *ob. e loc. cit.*, p. 295, afasta os argumentos de defesa do regime de separação de bens, assentes na igualdade jurídica de marido e mulher, fundamentalmente pelo facto de não reflectir a realidade sociológica maioritária actual da família.

Salvaguardados, porém, os adequados meios de protecção de um dos cônjuges em certos casos, não nos parece, como referem Marie-Pierre Champenois-Marmier/Madeleine Faucheux, *ob. cit.*, p. 98, M.^a Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, *cit.*, p. 453, nota 46, e L. Díez-Picazo/A. Gullón, *ibidem*, que o regime de separação só alcance resultados satisfatórios quando ambos os cônjuges possuem fortuna pessoal, ou exercem profissões remuneradas de forma equivalente ou ainda quando um dos cônjuges exerce uma actividade economicamente arriscada (permitindo salvar o património do outro).

não partir do seu reconhecimento e fazer com que o cônjuge “não débil” seja responsável pela debilidade do outro, através da redução dos bens que adquiriu ao longo do casamento. Se, efectivamente, o enriquecimento de um cônjuge se verificar à custa do outro, que se dedicou ao lar, deverá haver meios para repor o equilíbrio patrimonial que não passam necessariamente pelo regime de comunhão. O importante será, em qualquer regime, fixar mecanismos que impeçam não as transferências, exigidas pela comunhão de vida, mas o restabelecimento do equilíbrio patrimonial (p. ex., as compensações, a fixação de uma compensação ao cônjuge que sempre dedicou a sua vida ao lar e educação dos filhos no momento da dissolução, seja por via do direito a alimentos ou não, como fazem os direitos francês (arts. 270.º e segs. do Cód. Civil francês), espanhol (art. 1438.º do Cód. Civil espanhol - que estabelece uma compensação ao cônjuge que prestou o seu trabalho no lar, independentemente do direito a alimentos que possa ter) e alemão (§§ 1587.º e segs. do BGB), ou o direito italiano com o instituto da *impresa familiare*, ou ainda o recurso às regras gerais do enriquecimento sem causa)^{1327 1328}. Além disso, o regime de separação estará sempre vinculado ao regime matrimonial primário, nomeadamente, em matéria de dívidas para ocorrer aos encargos normais da vida familiar ou de disposição de certos bens como a casa de morada da família.

M. Amorós Guardiola, *et allii*, *ob. cit.*, p. 1920, acrescenta ainda que no regime de separação, por não existir um património comum, os credores dos cônjuges não são tão protegidos como no regime de comunhão. Porém, considera favorável a existência do regime de separação no caso de um ou ambos os cônjuges exercerem uma actividade comercial, para evitar alguns riscos financeiros.

¹³²⁷ O recurso ao enriquecimento sem causa implica que a prestação do trabalho doméstico por um dos cônjuges ou a sua colaboração na actividade profissional do outro cônjuge (o único que exerce uma actividade remunerada) não encontre a sua causa justificativa no dever de contribuição para os encargos da vida familiar, questão a que faremos referência a propósito da união de facto. V., Henri Mazeaud, *et allii*, *Leçons de Droit Civil. Régimes matrimoniaux*, *cit.*, pp. 592-594.

¹³²⁸ V., sobre as soluções apresentadas pela jurisprudência estrangeira por forma a assegurar a referida “compensação” ao cônjuge casado em separação de bens que colaborou para o incremento patrimonial do seu cônjuge, no fim do regime matrimonial, M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, *cit.*, pp. 459-472.

Na verdade, e como escreveu Braga da Cruz, “O problema do regime matrimonial de bens supletivo...”, *loc. cit.*, pp. 190 e 191, e *Obras Esparsas*, *cit.*, p. 41, importa adoptar um regime supletivo que resolva com justiça os problemas de crise, pois nos bons momentos haverá entendimento conjugal e a comunhão florescerá por si. Ora, parece-nos que o importante será no momento da dissolução, nos momentos de crise, acautelar mecanismos que assegurem a protecção do cônjuge desfavorecido e o restabelecimento patrimonial, ainda que o regime vigente seja o de separação de bens. O mesmo é referido por Adriano Paiva, *ob. e loc. cit.*, p. 392. Na verdade, e como refere Lacruz Berdejo, “La reforma del régimen económico...”, *loc. cit.*, p. 369, o regime patrimonial matrimonial ideal é o “*que no tiene camisa*”, ou seja, o que substitui as regras e as contas, o de um e do outro, por um sinalagma de amor e desinteresse.

Planiol/Ripert, *Traité élémentaire...*, *cit.*, p. 67, defendiam que a separação de bens não era natural no casamento, dado que seria contraditório que duas pessoas que partilham o mesmo lar tenham interesses distintos para os seus bens. Parece-nos, obviamente, que a separação estrita de patrimónios não ocorre num casamento normal, como vimos, mas isso não afasta a adopção do regime de separação de bens como regulador das relações patrimoniais dos cônjuges.

Em alternativa, pode optar-se pelo regime de participação nos adquiridos, como a *Zugewinnngemeinschaft* alemã, assegurando assim a participação final no valor do património adquirido ao longo do casamento¹³²⁹. De facto, o regime de participação nos adquiridos é visto como o regime ideal para os casamentos em que um dos cônjuges não auferir rendimentos fora, dedicando-se ao lar e à educação dos filhos (*Hausfrauenehe*)¹³³⁰. Surgem aqui depois os problemas, que ocorrem nos países que o adoptaram, da liquidação do respectivo regime. Além disso, e já que o crédito de participação é monetário, importa acautelar mecanismos de actualização dos valores em causa, evitando que o crédito de participação apurado esteja desvalorizado. Parece-nos, porém, que deve encontrar-se a solução mais justa e não a mais simples, ou seja, a que no fim do regime melhor acautele os interesses dos cônjuges e de terceiros credores.

Não podemos esquecer que o regime patrimonial supletivo de comunhão não pode defender-se com base apenas na ideia de protecção da comunhão entre os cônjuges, dado que implica também relações com terceiros. De facto, o regime de comunhão legal regula não apenas as relações entre os cônjuges mas também com terceiros, podendo implicar o envolvimento do património próprio de um dos cônjuges em função de uma actividade desenvolvida pelo outro cônjuge. Portanto, visando a protecção da solidariedade conjugal pode afectar-se o património próprio de um cônjuge para pagamento de dívidas contraídas pelo outro, com prejuízo para a autonomia patrimonial

¹³²⁹ Que chegou a ser proposta como regime supletivo pela comissão revisora do Cód. Civil, mas que foi afastada por não corresponder à tradição vigente em Portugal, representando, por isso, um “salto demasiado brusco” (Braga da Cruz, “Problemas relativos aos regimes de bens...”, *loc. cit.*, p. 349, e “O problema do regime matrimonial de bens supletivo...”, *loc. cit.*, p. 176, e *Obras Esparsas, cit.*, p. 11 e pp. 22 e 24, e Gonçalves Pereira, “Regimes convencionais...”, *loc. cit.*, pp. 270-287, que apresentou uma proposta de regulamentação do regime de participação de adquiridos como regime convencional).

Foi também por uma forte vinculação ao regime de comunhão e pelo seu desconhecimento pela população em geral, que a Reforma de 1965 do direito francês remeteu o regime de participação nos adquiridos para um regime convencional e não o adoptou como regime legal (Henri Mazeaud, *et alii, Leçons de Droit Civil. Régimes matrimoniaux, cit.*, pp. 614 e 615, e Cornu, *ob. cit.*, p. 152). Permitir-se-ia, assim, que se experimentasse o regime antes de, eventualmente, passar a regime legal numa ulterior reforma legislativa (Aubry/Rau, *ob. cit.*, p. 604). De facto, a adopção do regime de participação nos adquiridos como regime supletivo chegou a ser proposta em França em 1932, com o projecto *Renoult*, onde foi também afastado pelo facto de os franceses estarem muito presos ao regime de comunhão, não encarando bem os regimes de base separatista e a supressão da incapacidade da mulher casada (v., A. Colomer, *Droit Civil..., cit.*, p. 17).

Passados tantos anos talvez seja altura de proceder ao referido “salto”. Tanto mais que o outro argumento utilizado para afastar o regime de participação nos adquiridos era o de a atribuição do poder de administrar os seus bens próprios à mulher seria letra morta, pois na generalidade dos casos tal poder seria conferido por ela, por mandato expresso ou tácito, ao marido. Numa altura em que tal argumento não tem razão de ser, provavelmente também já não haverá um verdadeiro “salto” para o referido regime.

¹³³⁰ F. Merzbacher, “Die Zugewinnngemeinschaft. Eine wiederentdeckte Institution des ehelichen güterrechts”, *Archiv für die Civilistische Praxis*, n.º 156.º, 1957, p. 6, *MünchKomm - Gernhuber*, Vor § 1363 Rdn. 5, p. 335, e Langenfeld, *ob. cit.*, p. 54.

de cada um dos cônjuges e podendo tornar o mais débil e menos empreendedor sujeito à actuação do seu cônjuge, onerando, dessa forma, o seu património¹³³¹.

É também de chamar a atenção para o facto de a nossa lei tentar resolver os problemas de ordem patrimonial entre os cônjuges, resultante das regras de administração e disposição dos regimes de comunhão, pela fixação do regime de separação entre os cônjuges (art. 1767.º), o que traduz a vantagem da separação face à comunhão. O mesmo se diga quando é decretada a separação judicial de pessoas e bens (art. 1795.º-A). De salientar também que o direito alemão e o direito espanhol prevêem, no caso de os nubentes ou cônjuges afastarem por convenção matrimonial o regime supletivo mas nada estipularem, a aplicação do regime de separação como regime supletivo de “2.º grau” (§§ 1388.º, 1414.º, 1449.º e 1470.º do BGB, e art. 1435.º, 2.º, do Cód. Civil espanhol)¹³³². No direito italiano o regime de separação surge como regime legal subsidiário para resolução das situações de crise (no caso de separação judicial ou consensual de pessoas, de declaração de ausência ou de falência)¹³³³.

Uma das críticas apontadas ao regime de separação é a de que este é um regime mais prejudicial aos credores, dado que, não existindo património comum, os credores não têm esse património autónomo que será eventualmente responsável pelas dívidas contraídas pelos cônjuges. O credor apenas pode executar o património do seu devedor, diminuindo a sua garantia patrimonial se comparado com o regime de comunhão. Ora, tal poderá gerar certa desconfiança dada a possibilidade de os cônjuges efectuarem transferências patrimoniais entre si, com prejuízo dos credores de cada um. Não podemos, porém, esquecer que, dentro da normalidade, os credores, no caso de verem os seus direitos afectados, sempre podem recorrer aos meios gerais de Direito (p. ex., a impugnação pauliana, acções de nulidade, simulação, etc.). Sempre poderá argumentar-se no sentido de que, estando casados e vivendo juntos, a comunhão de vida entre os cônjuges gera uma maior promiscuidade patrimonial do que se se tratasse de estranhos. Será isso suficiente para afastar o regime de separação? Não nos parece: o mesmo argumento também não impõe a solidariedade das dívidas como acontece nos regimes

¹³³¹ Neste sentido, Ennio Russo, *Il Codice Civile Commentario...*, cit., pp. 45 e 46. A mesma crítica é apontada por Gernhuber/Coester-Waltjen, *ob. cit.*, § 31, III, 3, p. 344.

¹³³² Um dos casos em que se dissolve a comunhão de adquiridos passando a vigorar o regime de separação decorre dos arts. 1373.º e 1374.º do Cód. Civil espanhol, ou seja, quando haja execução de bens comuns por dívidas próprias de um dos cônjuges.

Além disso, os direitos civis da Catalunha e das Baleares estipulam como regime legal supletivo o de separação de bens.

¹³³³ G. Cattaneo, “Del regime di separazione dei beni”, *ob. e loc. cit.*, p. 418, e “Note introduttive agli articoli 82-88 Nov.”, in AAVV, *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, cit., sob a direcção de Carraro/Oppo/Trabucchi, vol. I, tomo I, p. 465, e A. Galasso, *ob. cit.*, p. 600.

de comunhão (art. 1695.º, n.ºs 1 e 2). Em todo o caso, o direito espanhol, e para protecção dos credores, estipula a regra do art. 1442.º do Cód. Civil espanhol, no caso de insolvência de um dos cônjuges¹³³⁴. Idêntica norma chegou a existir no Cód. de Comércio francês, mas foi afastada pela Lei de 13 de Julho de 1967, reguladora da falência. O mesmo aconteceu no direito alemão, onde se afastou também a referida presunção. O direito falimentar italiano mantém a presunção de que os bens adquiridos a título oneroso pelo cônjuge do falido presumem-se propriedade deste último¹³³⁵.

Em todo o caso, não pretendemos tomar posição quanto à controvérsia do regime de bens supletivo, mas apenas tentar aferir o melhor regime face à responsabilidade por dívidas do casal e respectiva relação com os credores.

Entendemos que as relações entre os cônjuges, pautadas pela autonomia e independência patrimoniais, podem regular-se pelo regime de separação de bens ou por um regime de base separatista¹³³⁶. Mas não podemos negar que a existência do

¹³³⁴ O art. 1442.º do Cód. Civil espanhol adopta uma presunção que lembra a presunção “muciana” do direito romano, que presumia que o adquirido pela mulher provinha do seu marido. Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida, *et alii*, *Elementos de Derecho Civil. Familia*, cit., p. 266, consideram que se presume aqui a existência de uma cooperação entre os cônjuges para defraudar terceiros, ou seja, que o cônjuge não falido terá adquirido bens em parte com valores próprios e em parte com valores do seu cônjuge. M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, p. 1959, nota 21, não considera a existência de cooperação fraudulenta um elemento determinante. O que a norma visa é a protecção dos credores e, por isso, aplica-se haja ou não cooperação fraudulenta. Trata-se de uma norma criticada pela doutrina espanhola dado não existir qualquer disposição que presuma a fraude nas relações estabelecidas entre os cônjuges (não há qualquer presunção de gratuidade) e o facto de o regime de separação poder facilitar possibilidades de fraude aos credores não é suficiente para fixar tal presunção contrária aos princípios básicos do regime (v., sobre estas críticas, M.ª Pilar Alvarez Olalla, *ob. cit.*, pp. 368 e 369). De facto, repare-se que não se presume que determinados bens são propriedade do insolvente, mas que determinados bens foram doados por este ao seu cônjuge. E a este propósito discute-se se a metade doada nos bens adquiridos se reporta à procedência do dinheiro empregue na aquisição ou aos bens em si. Por outro lado, e ainda que o empobrecimento intencional do cônjuge devedor em benefício do outro cônjuge possa ocorrer nos dois casos, entende-se que as aquisições a que se refere a disposição legal são as provenientes do cônjuge devedor e transmitente e não as de terceiros (Luis Martínez Calcerrada, *ob. cit.*, pp. 197 e 198). Sobre o art. 1442.º do Cód. Civil espanhol e a presunção nele contida, v., Susana Navas Navarro, *El régimen de separación de bienes y la protección de los terceros (Análisis de los artículos 1.441 y 1.442 del Código civil)*, Valencia, Tirant lo blanch, 1996, pp. 69-103, e Matilde Cuenca Casas, *La protección de los acreedores en el régimen económico matrimonial de separación de bienes (La llamada presunción muciana)*, Madrid, Dykinson, 1999, pp. 89 e segs.

Não deve esquecer-se que, protegendo apenas o art. 1442.º do Cód. Civil espanhol os direitos de terceiros no caso de aquisições a título oneroso, existindo aquisições a título gratuito podem sempre os credores recorrer aos arts. 1290.º e segs. do Cód. Civil espanhol no caso de fraude aos seus direitos.

¹³³⁵ V., M.ª Pilar Alvarez Olalla, *ob. cit.*, pp. 335-338 e pp. 353-356.

¹³³⁶ Também Guilherme de Oliveira, “Um direito da família europeu?...”, *loc. cit.*, p. 108, e *Temas...*, cit., pp. 325 e 326, considera que o direito português não ofereceria resistência a uma unificação dos regimes de bens na Europa no sentido de um regime de base separatista.

Apesar de tudo, não vamos tão longe quanto Leite de Campos, *Lições...*, cit., pp. 379 e 380, que defende que as relações entre os cônjuges podem regular-se pelas mesmas normas que regulam as relações entre pessoas estranhas. Consideramos, pelo contrário, que algumas especificidades continuam a exigir-se dado tratar-se de relações entre pessoas obrigadas a uma comunhão de vida o que afecta as suas relações patrimoniais. Também Pires de Lima/Braga da Cruz, *ob. cit.*, p. 54, entendiam que a vida em comum faz

casamento exige sempre uma regulamentação específica face ao regime geral do Direito comum, dado que a comunhão de vida existente entre os cônjuges implica necessariamente uma qualquer forma de ligação e cruzamento patrimonial (nunca existindo uma rígida separação de patrimónios)¹³³⁷. Também no regime de separação, e além de questões concretas como a existência de contas bancárias, os cônjuges devem contribuir para os encargos da vida familiar e são responsáveis por certas dívidas, o que implica uma certa forma de “comunhão” patrimonial. Os cônjuges vivem juntos e no decurso do casamento não contabilizam quem paga o quê, confundindo-se os bens de cada um¹³³⁸. Mas parece-nos que caberá à lei fixar os mecanismos correctores do eventual desequilíbrio patrimonial causado por tais transferências, sem obstar à

surgir entre os cônjuges uma série de questões que não podem ser reguladas pelo Direito comum dos contratos. Daí a necessidade de disposições especiais reguladoras dos regimes de bens. E no mesmo sentido, Gomes da Silva, *ob. cit.*, p. 186.

M.^a Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, *cit.*, pp. 335 e 336, ainda que defenda a manutenção do regime de comunhão, por traduzir a maior união patrimonial dos cônjuges e por trazer maiores vantagens no momento da dissolução, não deixa de afirmar que os casamentos em separação de bens tendem a aumentar. É efectivamente o regime adoptado pelas pessoas que casam em segundas núpcias e pelos casais mais jovens, “em virtude de proporcionar maior autonomia e independência económica”. Considera, porém, que as dificuldades decorrentes da dissolução da comunhão de vida patrimonial são maiores no regime de separação do que nos regimes de comunhão, dada a interpenetração de patrimónios (pense-se nas contas bancárias) que ocorre também no regime de separação. A aplicação rígida de um regime separatista pode implicar graves problemas. Consideramos, porém, que os problemas causados pela interpenetração patrimonial ocorrem também, e até mais acentuadamente, nos regimes de comunhão. O importante será, em qualquer regime, fixar mecanismos que impeçam não as transferências, exigidas pela comunhão de vida, mas o restabelecimento do equilíbrio patrimonial.

Também a união de facto, que vem exigindo uma regulamentação especial em certas matérias, pode regular-se, nomeadamente, em matéria de dívidas, por recurso ao Direito comum, como veremos. M.^a Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, *cit.*, pp. 473-478, considera que a regulamentação da união de facto traduz a incompatibilidade da plena comunhão de vida com a rígida divisão de patrimónios. É a própria comunhão que implica uma fusão dos interesses patrimoniais. Não negamos que assim seja, mas não entendemos que daí possa resultar uma necessidade de opção por um regime de comunhão, no casamento ou na união de facto, como forma de regular a referida fusão.

¹³³⁷ Como refere M.^a Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, *cit.*, p. 443, a comunhão de vida a que os cônjuges estão obrigados é “incompatível com a absoluta separação dos respectivos patrimónios”. O regime de separação assenta num regime base com regras de espírito comunitário. Os próprios cônjuges casados em separação de bens tentam recorrer a vários meios para obterem resultados idênticos aos conseguidos com os regimes de comunhão (p. ex., adquirirem bens em compropriedade, constituírem sociedades ou realizarem liberalidades entre si, abrirem contas bancárias colectivas). Aliás, e como vimos acontecer na preocupação pela correcção das regras do regime puro de separação dos países da *common law*, a aplicação no momento da dissolução do regime de separação de bens das regras do enriquecimento sem causa não deixa de ser uma equiparação com a teoria das compensações do regime de comunhão, conforme escreve Simler, no prefácio de Farafina L. Boussougou-Bou-Mbine, *ob. cit.*, p. VI.

¹³³⁸ Aliás, o art. 1736.º fixa uma presunção de compropriedade dos bens móveis, tradutora da referida confusão patrimonial (bem como o art. 1538.º, 3.º, do Cód. Civil francês, o art. 219.º do Cód. Civil italiano, e art. 1441.º do Cód. Civil espanhol). Pela confusão patrimonial que a comunhão de vida implica também o regime de separação está sujeito a liquidação e partilha. Bruno de Filippis, *ob. cit.*, p. 312, traduz essa ideia ao referir que a natural interacção entre os cônjuges leva a que um utilize bens do outro, confundindo-se a propriedade dos bens. Também J. Martínez Cortés, *ob. e loc. cit.*, pp. 418 e 419, afirma a necessidade de liquidação do regime de separação, nomeadamente, pelo facto de o funcionamento do regime e a comunhão de vida entre os cônjuges conduzirem a uma realidade muito semelhante aos regimes de comunhão.

autonomia e separação patrimoniais de cada cônjuge, facilitando o regime de administração e disposição dos bens (evitando a constante necessidade de actuação de ambos os cônjuges ou de um com o consentimento do outro como exige o regime de comunhão, com o risco de provocar ou agravar desentendimentos conjugais ou de paralisar o tráfego jurídico, além de poder chocar com o regime da responsabilidade por dívidas, como já referimos).

Demonstrando a nossa preferência por um regime separatista (ainda que o mesmo valha para qualquer regime), em termos gerais em matéria de dívidas, e porque entendemos dever existir uma regulamentação específica em certos pontos, parece-nos que apenas as dívidas contraídas para ocorrer aos encargos normais da vida familiar deveriam ter um tratamento especial, ou seja, e em relação a qualquer regime de bens, estas dívidas deveriam responsabilizar solidariamente ambos os cônjuges.

De acordo com o art. 1691.º, al. b), as dívidas contraídas para ocorrer aos encargos normais da vida familiar oneram ambos os cônjuges por força da própria natureza que revestem, quer sejam contraídas antes ou depois da celebração do casamento e quer caibam nos poderes de administração de quem as contrai quer os excedam.

O art. 220.º do Cód. Civil francês responsabiliza solidariamente os cônjuges pelas dívidas relativas à vida familiar quotidiana, abrindo aos credores o acesso a todos os bens. É por força desta disposição legal, aplicável a todos os regimes de bens, que cada um dos cônjuges, ao mesmo tempo que se obriga pessoalmente, responsabiliza também o outro. Isto significa que no regime de separação de bens (e no de participação nos adquiridos que funciona, no seu decurso, como se existisse separação patrimonial entre os cônjuges) o cônjuge que respondeu pela dívida na sua totalidade poderá exigir do outro um reembolso proporcional à sua parte na contribuição. Nos regimes de comunhão, as dívidas em causa integram o passivo definitivo da comunhão (art. 1409.º do Cód. Civil francês). O credor tanto pode exigir o pagamento da dívida sobre os bens próprios do cônjuge que a contraiu, ou sobre os bens próprios do outro ou sobre os bens comuns, dado o regime de solidariedade. O cônjuge que respondeu com os seus bens próprios por tal dívida, terá obviamente direito a uma compensação no momento da liquidação da comunhão.

Mesmo no regime de separação de bens, apesar de cada um dos cônjuges possuir os seus bens próprios, administrando-os e tendo poderes de disposição dos mesmos, estas dívidas responsabilizam solidariamente os cônjuges. Como regime separatista, é-o do ponto de vista da composição dos patrimónios e da sua administração. Os cônjuges

separados de bens são, patrimonialmente, um em relação ao outro como se de dois estranhos se tratassem. Quanto ao passivo, quer do ponto de vista da obrigação como do da contribuição, as dívidas que oneram o património de cada um dos cônjuges, no momento da celebração do casamento ou que estes assumam depois dele a qualquer título, permanecem próprias (art. 1536.º, 2.º, do Cód. Civil francês), sem prejuízo de se poder responsabilizar o outro cônjuge, além deste se poder obrigar juntamente com o outro, por aplicação das regras gerais do mandato, gestão de negócios ou enriquecimento sem causa (tal como pode acontecer nos regimes de comunhão, onde um cônjuge pode actuar, contraindo dívidas, em representação do outro). Com efeito, e como quaisquer outras pessoas, podem os cônjuges obrigar-se conjunta ou solidariamente pela dívida. A possibilidade de os cônjuges afastarem a independência patrimonial do passivo no regime de separação de bens é até frequente, nomeadamente, no caso de empréstimos contraídos pelos cônjuges, a título solidário, para aquisição da casa de morada da família ou se um dos cônjuges surge como fiador do outro, empresário em nome individual ou gerente de uma sociedade.

Porém, a esta independência patrimonial é imposto um limite pelo estatuto imperativo de base a respeito de dívidas do casamento. Com efeito, pelas dívidas previstas no art. 220.º do Cód. Civil francês os cônjuges estão solidariamente obrigados (art. 1536.º, 2.º, do Cód. Civil francês).

No direito italiano, ao contrário do que acontece nos direitos francês e alemão, e no nosso direito¹³³⁹, a dívida contraída por um dos cônjuges no interesse da família não responsabiliza solidariamente ambos os cônjuges (v., arts. 186.º e 190.º do Cód. Civil italiano), salvo se se incluir na al. d) do art. 186.º do Cód. Civil italiano, ao contrário do que estava previsto no projecto da reforma^{1340 1341}.

¹³³⁹ Os arts. 1440.º e 1319.º do Cód. Civil espanhol prevêm também o regime de solidariedade, mas entre o património comum e o património próprio do cônjuge que contraiu a dívida e apenas uma responsabilidade subsidiária do outro cônjuge.

¹³⁴⁰ A. Galasso, *ob. cit.*, pp. 388 e 389. Se, como alguns autores italianos entendem, como vimos, a responsabilidade dos bens comuns não afastar o regime geral do art. 2740.º do Cód. Civil italiano, haverá responsabilidade solidária dos bens próprios do cônjuge que contraiu a dívida face aos bens comuns (não respondendo apenas na medida da metade do crédito, como aparentemente dispõe o art. 190.º do Cód. Civil italiano).

¹³⁴¹ O direito italiano, na al. c) do art. 186.º do Cód. Civil, dispõe, no âmbito do regime de comunhão de adquiridos, que os bens comuns respondem pelas despesas de sustento da família e de instrução e educação dos filhos e pelas dívidas contraídas pelos cônjuges ou por um deles no interesse da família. Como se sabe, cada um dos cônjuges pode contrair dívidas, sem consentimento do outro. Mas para salvaguarda do património comum e do outro cônjuge só o património do cônjuge devedor responde pelas dívidas contraídas no seu interesse pessoal (art. 189.º Cód. Civil italiano). Pelo contrário, as dívidas contraídas não no interesse pessoal mas no interesse da família responsabilizam os bens comuns.

Ao nível da responsabilidade patrimonial, e ao contrário dos ordenamentos jurídicos francês (art. 220.º do Cód. Civil francês), alemão (§ 1357.º do BGB), espanhol (art. 1319.º do Cód. Civil espanhol) e português (arts. 1691.º, n.º 1, al. b), e 1695.º), o direito italiano não contém uma disposição legal reguladora da responsabilidade pelas dívidas contraídas para a satisfação das necessidades da vida familiar. Ou seja, não determina se pela dívida responde o património próprio do cônjuge que contraiu a dívida, se o património de ambos os cônjuges, se o património comum (no regime de comunhão a dívida será comum, nos termos do art. 186.º, al. c), Cód. Civil italiano) e o próprio de cada um dos cônjuges (determinando o art. 190.º Cód. Civil italiano que os bens próprios só respondem na medida da metade, mas não havendo norma que regule a questão na separação de bens).

Relembre-se ainda que os bens que integram o fundo patrimonial respondem apenas pelas dívidas relativas à contribuição para as necessidades da família, bem como as relativas à administração e melhoramento dos bens que o compõem. Nos termos do art. 170.º do Cód. Civil italiano os bens que constituem o fundo e os seus frutos respondem perante os credores que ignoravam que a dívida foi contraída para satisfação de interesses estranhos ao da família. Se os bens do fundo forem insuficientes respondem os bens próprios dos cônjuges, nos termos do art. 190.º do Cód. Civil italiano, da comunhão legal. Se o credor não ignorava o interesse estranho não há responsabilidade dos referidos bens, cabendo ao devedor a prova de que o credor sabia que a dívida foi contraída para satisfação de outro interesse.

Estipula o art. 1319.º, 1.º, do Cód. Civil espanhol, por seu lado, que qualquer um dos cônjuges pode praticar os actos necessários para ocorrer às necessidades ordinárias da família, que estejam a seu cargo, de acordo com aquilo que for considerado normal no lugar e circunstâncias da mesma família. De acordo com o artigo em causa, aplicável a todos os regimes de bens, são comuns as dívidas contraídas para satisfação das necessidades domésticas.

Por outro lado, o regime previsto pelo art. 1319.º do Cód. Civil espanhol para as dívidas relativas às necessidades ordinárias da família implica uma excepção aos regimes de comunhão, na medida em que permite a actuação individual de qualquer um dos cônjuges face à regra da actuação conjunta, e uma excepção ao regime de separação, dado que, nos termos do art. 1440.º Cód. Civil espanhol, a regra é a de que cada cônjuge responde pelas dívidas que contrai (e a mesma norma vale para o regime de participação nos adquiridos).

O § 1357.º do BGB, regulador das relações patrimoniais dos cônjuges independentemente do regime de bens, determina que qualquer um dos cônjuges tem o poder de concluir, com efeitos em relação ao outro cônjuge, negócios destinados à satisfação das necessidades da vida familiar. Portanto, cada um dos cônjuges deve satisfazer de maneira apropriada as necessidades da família. Ambos os cônjuges estão, por isso, autorizados a realizar tais negócios, estando também ambos obrigados pelos direitos e as obrigações emergentes desses negócios, salvo se algo diferente resultar das circunstâncias.

Nas relações internas (entre os cônjuges) o § 1357.º do BGB atribui a cada um dos cônjuges o poder de realizar negócios que produzem efeitos em relação ao outro, não parecendo admitir acordos em sentido contrário (o que não impede a faculdade conferida no § 1357.º, 2.º, do BGB). Nas relações com terceiros, o negócio realizado por um faz nascer direitos e obrigações para os dois cônjuges, desde que se trate da satisfação das necessidades da vida familiar, não haja circunstâncias que se oponham à existência do “mandato doméstico”, não haja separação de facto entre os cônjuges e não haja exclusão do poder em causa nos termos do § 2.º. Se os pressupostos do § 1357.º do BGB estiverem preenchidos os cônjuges são solidariamente responsáveis (*Gesamtsschuldner*) pela obrigação assumida por um deles.

Entendemos, assim, que o regime da responsabilidade por dívidas deverá assentar na regra de que o cônjuge que contrai a dívida é o responsável pela mesma. Isto sem prejuízo de, em relação a certas dívidas, poder prever-se um regime especial, nomeadamente, admitindo que certas dívidas contraídas por um dos cônjuges responsabilizem ambos os cônjuges e, nos regimes de comunhão, o património comum (em especial, as dívidas contraídas para ocorrer aos encargos normais da vida familiar)¹³⁴². Em todo o caso, e atendendo às críticas já apresentadas, impõe-se a abolição da al. d) do n.º 1 do art. 1691.º.

Quanto à responsabilidade patrimonial, prevista no art. 1695.º do nosso Cód. Civil, mesmo nos regimes de comunhão, onde a solidariedade mais se poderá justificar como já referimos, poderia também vigorar, para a generalidade das dívidas, o regime da conjunção. Ou seja, com a diferença de, em primeiro lugar, responder pelas dívidas

¹³⁴² Em sentido contrário, M.ª Dolores Díaz-Ambrona Bardaji, “La responsabilidad de los cónyuges en el ejercicio de la potestad doméstica en el sistema del artículo 1319 del código civil”, *Actualidad Civil*, 1, n.º 11, 1988, p. 658, defende a abolição do regime de solidariedade do art. 1319.º do Cód. Civil espanhol, por se fundar no princípio da direcção unilateral do marido e não ter razão de ser face ao princípio da igualdade jurídica entre os cônjuges.

comuns o património comum, poderia estipular-se o mesmo que no regime de separação de bens; na falta ou insuficiência do património comum responderiam subsidiariamente os bens dos cônjuges em regime de conjunção, sem prejuízo da responsabilidade integral do cônjuge que contraiu a dívida, como também defendemos para a separação de bens¹³⁴³.

Também no ordenamento jurídico alemão o risco da solidariedade é colocado no domínio do regime de comunhão. Repare-se que, no caso da administração conjunta dos bens comuns, situação mais frequente, é notório o risco do regime de comunhão para o cônjuge que se depara com uma situação económica pouco vantajosa do outro cônjuge ou o seu excessivo endividamento. Com efeito, qualquer um dos cônjuges é responsável solidariamente pelas dívidas comuns contraídas pelo outro (como acontece no nosso art. 1695.º, n.º 1), antes ou depois do início da comunhão, podendo ter de responder, não havendo bens comuns ou próprios do outro, pela totalidade da dívida. A única forma de evitar tal situação, mas desde que os seus pressupostos se verifiquem, é requerer a separação de bens (cfr. o § 1469.º do BGB). De facto, o regime da comunhão geral é normalmente criticado pelo seu regime de responsabilidade por dívidas, considerando-se mesmo actualmente um regime “insuportável”¹³⁴⁴.

Com aquela solução, que nos parece mais justa no contexto actual das relações patrimoniais entre os cônjuges, os credores não ficam prejudicados. No regime de separação sempre podem executar a totalidade do património do cônjuge que contraiu a dívida; nos regimes de comunhão, podem executar o património comum e, na falta ou insuficiência deste, os bens próprios de cada um dos cônjuges ou do cônjuge que contraiu a dívida comum sem que o outro também se obrigasse directamente.

O regime da responsabilidade patrimonial por dívidas dos cônjuges é especial, na medida em que, atendendo à existência de um casamento e à interpenetração patrimonial decorrente da vida em comum, o legislador visa encontrar um equilíbrio

¹³⁴³ V., a este propósito o que já dissemos, *supra*, pp. 224 e segs.

¹³⁴⁴ Em 1939, Ludwig Greven (AAVV, “Familienrechtsausschuß. Unterausschuß für eheliches Güterrecht”, *Akademie für Deutsches Recht...*, cit., p. 856), a propósito da proposta de alteração do regime de bens durante o período nazi, afirmava sem dúvidas que, entre o regime de separação e o regime de comunhão, deveria optar-se pelo de separação, sendo o regime de comunhão, sobretudo quanto às regras de administração e responsabilidade por dívidas, desfavorável e perigoso („*ungünstig und gefährlich*”) para a mulher, já que cabia ao marido a administração dos bens e a contracção de dívidas pelas quais os bens da mulher também respondiam. Apontando críticas ao regime de comunhão, sobretudo em matéria de administração dos bens comuns e de responsabilidade por dívidas, v., R. Behmer, *loc. cit.*, pp. 343-346. Também Marino Bin, *ob. cit.*, p. 211, aponta como possível motivo de discórdia dos cônjuges e de perigo para a estabilidade familiar a regra da administração e disposição conjuntas no regime de comunhão.

entre a protecção da família e os interesses de terceiros credores. Todavia, o casamento não pode ser um meio de eximir o devedor de responder pelas dívidas que contrai. Por isso, o cônjuge que contrai a mesma deve responder por ela sempre e nos termos gerais. A esta responsabilidade, se a dívida for comum, acrescenta a lei a do património comum, se se tratar de regime de comunhão, e a do património próprio do outro cônjuge.

Caminhando neste sentido, e como vimos, alguns autores italianos entendem que a regra do art. 190.º do Cód. Civil italiano deve ser sistematicamente coordenada com o princípio geral em matéria de autonomia negocial e responsabilidade pessoal e patrimonial, de forma a que o cônjuge pessoalmente responsável pela dívida (que a contraiu) responda pela dívida comum (na falta de bens comuns) com todo o seu património (art. 2740.º do Cód. Civil italiano). Poderá, contudo, invocar o benefício da excussão prévia, fazendo com que o credor só actue sobre os seus bens próprios depois de esgotados os bens comuns. De facto, a responsabilidade dos bens comuns não afecta o princípio geral do art. 2740.º do Cód. Civil italiano, constituindo antes um acréscimo na garantia patrimonial que já detém sobre o seu devedor, na medida em que poderá, além dos bens deste, executar os bens comuns e ainda, subsidiariamente, os bens próprios do seu cônjuge na medida da metade do crédito. Assim, por dívidas comuns, o cônjuge responde com os seus bens próprios “na medida da metade”, tratando-se de dívida que não contraiu pessoalmente (e não havendo solidariedade convencional entre os cônjuges). Se, pelo contrário, se trata de dívida contraída pessoalmente por esse cônjuge, ou contraída solidariamente por ambos os cônjuges, o cônjuge executado não pode restringir a sua responsabilidade. A não ser assim, o cônjuge que contraiu a dívida teria uma posição mais favorável no regime legal de comunhão do que no regime de separação de bens onde todo o seu património responde pelas obrigações assumidas.

Deverá, em todo o caso, abrir-se uma excepção para as dívidas contraídas para a satisfação dos encargos normais da vida familiar (as despesas correntes). A estas deveria manter-se o regime da solidariedade entre cônjuges nos regimes de comunhão e estipulá-lo até para o regime de separação. Trata-se daquelas dívidas necessárias ao dia a dia da vida familiar do casal e dos seus filhos e que, não parece haver dúvidas, a ambos os cônjuges devem responsabilizar solidariamente sem diferenciação de regime. O que, aliás, acontece nos ordenamentos jurídicos estrangeiros aqui analisados. Com efeito, e como vimos, as dívidas contraídas para ocorrer às necessidades da vida familiar

integram a parte geral dos efeitos patrimoniais do casamento aplicável a qualquer regime de bens.

Numa altura em que a independência económica e financeira caracteriza as relações patrimoniais entre os cônjuges dificilmente se encontra justificação para um regime de responsabilidade por dívidas entre os cônjuges, no qual por uma dívida contraída por um respondam, com excepção à regra geral, ambos os cônjuges solidariamente (art. 1695.º, n.º 1). Salvuardamos, como vimos, as dívidas relativas ao suprimento das necessidades e encargos da vida familiar, pelas quais, e em qualquer regime de bens, deverão responder ambos os cônjuges solidariamente. A razão está no facto de estas dívidas serem fundamentais e necessárias para o decurso normal da vida em comum. A responsabilidade limitada ao património próprio do cônjuge que contraiu a dívida (e aos bens comuns nos regimes de comunhão) pode implicar um benefício injustificado para o outro cônjuge (que poderá ser sempre o mesmo) que, beneficiando da contracção da dívida (e, repete-se, necessária ao decurso normal da comunhão de vida, pautada pelo padrão normal da vida familiar em causa) nunca seria responsável pela mesma. Seria o caso de um casal em que um dos cônjuges contrai habitualmente as dívidas necessárias ao sustento do lar (compras relativas à alimentação do casal e dos filhos, pagamento da electricidade, da água, gás, etc.). O outro cônjuge, contribuindo de acordo com as suas possibilidades para algumas despesas domésticas (cumprindo, assim, o dever de contribuição), beneficia largamente daquelas dívidas contraídas pelo seu cônjuge, poupando, por seu lado, a maior parte dos seus rendimentos. Ainda que nos regimes de comunhão estes rendimentos sejam comuns e, por isso, respondem também pelas dívidas como património comum, no regime de separação a desigualdade de tratamento entre os cônjuges é mais acentuada. De facto, o cônjuge que poupou os seus rendimentos não será responsável perante o credor pelo pagamento da dívida, necessária para o decurso da vida normal e da qual beneficiou. Por isso, entendemos que por estas dívidas respondem, mesmo no regime de separação (ao contrário do actualmente previsto no art. 1695.º, n.º 2), ambos os cônjuges solidariamente.

Mesmo que o regime da responsabilidade por dívidas seja regulado independentemente do regime de bens (e, por isso, independentemente de uma eventual alteração do regime supletivo para um de base separatista), o regime da responsabilidade patrimonial previsto para a separação de bens deveria valer para os regimes de comunhão. Ou seja, e com a excepção das dívidas relativas aos encargos normais da vida familiar, pelas quais valeria a solidariedade (em qualquer regime), a

dívida deveria responsabilizar, por aplicação da regra geral, o cônjuge que a contraiu. Vigorando um dos regimes de comunhão, responsabilizaria, em primeiro lugar, o património comum (e aqui estaria a especificidade face ao regime geral), ainda que o credor não precise de excutir este para executar também o património do cônjuge devedor (cabendo ao devedor provar a existência de outros bens comuns). Um cônjuge não deverá, à partida, ser responsável por uma dívida contraída pelo outro. Nem mesmo a solidariedade patrimonial existente nos regimes de comunhão (que apenas justifica a responsabilidade do património comum) justifica tal solução.

Por tudo isto entendemos ser de alterar o actual regime da responsabilidade por dívidas por um mais simples que corresponda à autonomia pessoal e patrimonial entre os cônjuges.

Resultante do dever pessoal de contribuição para os encargos da vida familiar, originado no casamento (arts. 1675.º e 1676.º), deveria estipular-se uma responsabilidade solidária, em qualquer regime de bens, pelas dívidas contraídas para a satisfação dos encargos normais da vida familiar.

De igual modo, seriam comuns, embora conjunta ou solidariamente, consoante o modo como os cônjuges se obrigaram, as dívidas contraídas por ambos os cônjuges (desde que se verifique a participação de ambos na contracção da dívida ou a adesão de um à dívida contraída pelo outro – art. 1691.º, n.º 1, al. a)), bem como as dívidas contraídas pelo cônjuge administrador em proveito comum do casal (art. 1691.º, n.º 1, al. c) – não obstante poder implicar um endividamento do cônjuge administrador que responsabiliza também o outro cônjuge, e sobretudo no regime de separação onde há maior liberdade de administração e disposição dos bens, aquele (e o património comum, nos regimes de comunhão) só responde no caso de haver proveito comum). Seria ainda de manter a solução prevista no art. 1691.º, n.º 2, quanto ao regime da comunhão geral, e no art. 1693.º, com as particularidades que referimos.

No caso de dívida que onere bens comuns ou próprios, deveria pela mesma responder o bem onerado (fosse próprio ou comum) e o património próprio do cônjuge que contraiu a dívida. Alargar a responsabilidade, no caso de o bem onerado ser comum, aos restantes bens comuns, ainda que favoreça a posição do credor (que além do bem que constitui a sua garantia de pagamento pode obter o mesmo pelos restantes bens comuns), parece-nos um sacrifício demasiado penoso para o património comum e para o outro cônjuge, como, aliás, já o referimos.

Pelas restantes dívidas contraídas por qualquer um dos cônjuges responderia o património próprio do cônjuge que a contraiu, em moldes idênticos aos regulados no art. 1696.º. Salvaguardamos, porém, o caso dos bens administrados pelo outro cônjuge, dado que as regras da administração dos bens não devem ser afectadas pela possibilidade de um cônjuge poder contrair dívidas livremente. Ou seja, se apenas um dos cônjuges administra o bem e, portanto, só ele pode dele dispor, ou mesmo se um administra e carece do consentimento do outro para dispor, não faz sentido que, mediante a contracção de dívidas, o cônjuge que não administra ou que, por si só, não pode dispor, possa onerar o bem com dívidas.

A não ir tão longe, deveria, pelo menos, eliminar-se a responsabilidade solidária, nos regimes de comunhão, prevista no art. 1695.º, n.º 1, para todas as dívidas comuns. Assim, pelas dívidas consideradas comuns deveria responder o património comum e subsidiariamente o património próprio dos cônjuges. Porém, e em primeiro lugar, essa responsabilidade dos patrimónios próprios seria conjunta (e não solidária, salvo as dívidas relativas aos encargos normais da vida familiar). Por outro lado, a conjunção não pode afastar a responsabilidade integral do cônjuge que contrai a dívida. Ou seja, a solidariedade manter-se-ia não entre os patrimónios próprios dos cônjuges, mas entre o património comum e o património próprio do cônjuge devedor. A responsabilidade conjunta seria apenas do cônjuge não devedor.

O mesmo valeria para o regime de separação de bens, com a diferença de não existir património comum e, por isso, responder o património próprio dos cônjuges. Assim, o cônjuge que contraiu a dívida responderá integralmente pela mesma, nos termos gerais. O outro cônjuge responderá na medida da metade da dívida e não mais que isso.

Não podemos ainda deixar de notar, e porque o que aqui se pretende é conferir o devido grau de protecção aos terceiros credores, a importância de se estabelecerem presunções de propriedade a favor de terceiros, e não apenas a favor dos cônjuges como fazem os arts. 1725.º e 1736.º (ainda que valham face a terceiros que podem ilidir a presunção)¹³⁴⁵, como determina o § 1362.º do BGB. Estipula este artigo uma presunção de propriedade (*Eigentumsvermutung*), sendo uma regra geral aplicável independentemente do regime de bens vigente entre os cônjuges. De facto, e quanto aos bens móveis (a que a lei equipara os títulos ao portador ou à ordem com endosso em branco), a comunhão de vida entre os cônjuges torna muitas vezes difícil aos credores

¹³⁴⁵ V., Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil...*, cit., vol. IV, p. 449.

saberem qual dos cônjuges é o verdadeiro proprietário do bem que o credor pretende penhorar para obter o pagamento do seu crédito¹³⁴⁶. Dispõe o § 1362.º do BGB que presume-se, em benefício dos credores do marido e da mulher, que os bens móveis que se encontram na posse de um ou de ambos os cônjuges pertencem ao devedor (permitindo ao credor executar tais bens). Esta presunção, que apenas vale face a terceiros credores, é, porém, afastada se os cônjuges estiverem separados de facto e os bens estiverem na posse do cônjuge não devedor ou se se tratar de bens reservados ao uso exclusivamente pessoal de um dos cônjuges, independentemente de quem o detém. Além disso, a presunção é ilidível, ou seja, o cônjuge não devedor pode provar que o bem lhe pertence. É evidente que esta presunção só vale para os bens móveis, dado que no caso de bens imóveis a necessidade de registo facilita ao credor a demonstração de quem é o proprietário do bem¹³⁴⁷.

Idêntica presunção, em qualquer regime de bens, facilitaria a execução do credor sobre os bens do seu devedor, mesmo vigorando o regime de separação de bens (repare-se que o regime alemão da *Zugewinnngemeinschaft* é de base separatista). Aliás, o mesmo parece decorrer do art. 1538.º do Cód. Civil francês, ou seja, o credor pode executar a parte do cônjuge seu devedor nos bens abrangidos pela presunção de compropriedade. No ordenamento jurídico italiano tem-se entendido também que a presunção de compropriedade dos bens prevista no art. 219.º do Cód. Civil italiano, no domínio do regime de separação de bens, vale também nas relações com terceiros e não apenas nas relações internas entre os cônjuges¹³⁴⁸. De igual modo, a presunção de

¹³⁴⁶ Como referem Beitzke/Lüderitz, *ob. cit.*, p. 94, e Lüderitz/Dethloff, *ob. cit.*, p. 73, a presunção de propriedade do § 1006.º do BGB não consegue resolver os problemas dado, na maioria dos casos, ambos os cônjuges serem possuidores do bem. No mesmo sentido, MünchKomm - *Wacke*, § 1362 Rdn. 3, pp. 312 e 313, Martin Lipp, *ob. cit.*, pp. 70 e 71 (chamando também a atenção para o facto de que, dada a obscuridade face a terceiros de quem é o real proprietário do bem, podem os cônjuges dispor de certos bens de forma mais ou menos duvidosa e com prejuízo dos credores), e Gernhuber/Coester-Waltjen, *ob. cit.*, § 22, II, 1, pp. 214 e 215.

A solução apresentada no § 1362.º do BGB foi proposta em 1947 por Beitzke, *ob. cit.*, 1947, p. 42, entendendo que a solução na altura vigente (que estabelecia uma presunção de propriedade a favor do marido e apenas referia que os bens pessoais da mulher se presumiam seus) era unilateral, melhor sendo uma disposição que presumisse a propriedade do devedor, fosse o marido ou a mulher.

¹³⁴⁷ Beitzke/Lüderitz, *ob. cit.*, p. 96, e Lüderitz/Dethloff, *ob. cit.*, p. 74, chamam a atenção para a relevância da presunção no caso de insolvência de um dos cônjuges. Neste caso, o administrador de insolvência poderá incluir todos os bens móveis ao abrigo do § 1362.º do BGB mesmo que o seu titular seja o cônjuge não insolvente.

¹³⁴⁸ A. Finocchiaro/M. Finocchiaro, *Riforma del diritto...*, *cit.*, p. 609 (para quem, na falta da prova da propriedade exclusiva do bem, o credor pode agir sobre a quota ideal que o cônjuge seu devedor tem no bem), Attardi, “Profili processuali della comunione legale dei beni”, *loc. cit.*, p. 51, M. Vascellari, “Separazione dei beni – presunzione di comproprietà ex art. 219, comma 2.º, c.c. – opponibilità da parte del coniuge dell’esecutato in sede di opposizione di terzo all’esecuzione – condizioni”, in AAVV, *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia...*, *cit.*, pp. 415-428, Gabrielli/Cubeddu, *ob. cit.*, p. 318, e Cospite, “Del regime di separazione dei beni”, *ob. e loc. cit.*, p. 269. M. Morelli, *ob. cit.*, pp. 148 e 149, nota que a presunção não deve funcionar em prejuízo de terceiros, ou seja, e no caso de oposição de um cônjuge à execução movida contra o outro cônjuge por um seu credor, não pode aquele limitar-se

compropriedade, no regime de separação, que resulta do art. 1441.º do Cód. Civil espanhol não se reduz ao âmbito interno, sendo de aplicar nas relações com terceiros. Os cônjuges serão considerados como comproprietários dos bens, salvo se algum deles provar a sua exclusiva propriedade. Significa, portanto, que os credores próprios de um dos cônjuges podem penhorar a quota no bem correspondente ao seu devedor, quando o outro não conseguir provar a sua propriedade exclusiva¹³⁴⁹. O art. 1442.º do Cód. Civil espanhol traduz também a protecção de terceiros credores ao estipular que declarado insolvente um dos cônjuges presume-se, salvo prova em contrário, em benefício dos credores, que lhe foram doados em metade os bens adquiridos a título oneroso pelo outro cônjuge durante o ano anterior à declaração de insolvência.

Mas repare-se que nestes ordenamentos jurídicos a presunção é de compropriedade e não de propriedade exclusiva do cônjuge que detém o bem como acontece no direito alemão (encontrando-se, portanto, o credor mais protegido neste regime jurídico).

Um regime de responsabilidade por dívidas como o actualmente vigente entre nós, com uma maior protecção dos credores, justificava-se numa altura em que a sociedade conjugal se assumia pela unidade e direcção conjunta dos cônjuges. Essa unidade, com inevitável confusão patrimonial, aconselhava um regime em que os credores não fossem por ela prejudicados, ou seja, ao contratar com um dos cônjuges tinham a garantia que toda aquela união patrimonial estava também envolvida no negócio.

Numa altura em que os cônjuges se assumem como independentes entre si (sem prejuízo da inevitável interpenetração patrimonial) e face a terceiros credores, estes sabem que, à partida, apenas podem contar com o seu parceiro negocial como responsável pela dívida. Estipular um regime diferente para a generalidade das dívidas, sobretudo em matéria de responsabilidade patrimonial, apenas por o devedor ser casado, não parece encontrar justificação na realidade conjugal actual. Os regimes de bens, o regime de administração e disposição dos bens do casal, o regime da responsabilidade por dívidas, tudo foi objecto de alteração legislativa ao longo dos tempos para adaptação a novas realidades sociais e económicas que se repercutem na relação patrimonial

a invocar a presunção (afectando os interesses do credor que vê diminuída a sua garantia patrimonial), devendo provar-se a titularidade dos bens. Ora, nesses casos, não conseguindo o cônjuge não devedor provar a propriedade exclusiva, entendem alguns autores não ser de aplicar a presunção do referido art. 219.º, 2.º, do Cód. Civil italiano, prevalecendo a propriedade exclusiva do devedor (como De Paola/A. Macri, *ob. cit.*, p. 277, e B. Grasso, “Il regime della separazione dei beni”, in AAVV, *Trattato di diritto privato, cit.*, sob a direcção de Pietro Rescigno, p. 657).

¹³⁴⁹ M. Amorós Guardiola, *et alii, ob. cit.*, p. 1956, e Lledó Yagüe, *et alii, ob. cit.*, pp. 283 e 284. Evita-se, assim, que haja fraude aos interesses de terceiros pela fácil transmissão de bens móveis entre os cônjuges casados em separação de bens.

conjugal. Será, por isso, de repensar esta matéria à luz da realidade presente. Aliás, além do regime de administração e disposição conjuntas, que pode gerar entraves na gestão dos bens, a responsabilidade do outro cônjuge, além dos bens comuns e do cônjuge que contrai a dívida, é criticada por representar um excessivo favoritismo do credor em prejuízo do cônjuge não devedor. Por outro lado, a responsabilidade do património comum, com exclusão da responsabilidade do cônjuge que contrai a dívida representa uma limitação na garantia do credor.

Só assim não será no caso de dívidas em que aquela união pessoal e patrimonial esteja em causa, ou seja, as dívidas que são contraídas para a satisfação dos encargos normais da vida familiar e, por isso, beneficiam ambos os cônjuges e a família.

Por isso, consideramos que o regime de separação de bens acautela suficientemente os credores (que não devem ser beneficiados sem uma razão válida, pelo único facto de o seu devedor ser casado) e os interesses da família [só haverá responsabilidade solidária dos cônjuges se a dívida foi contraída em benefício da família, não se justificando uma maior (ou menor, como parece decorrer do regime de conjunção actualmente previsto no art. 1695.º, n.º 2) oneração sobre o património familiar (constituído pelo património próprio de cada um dos cônjuges)]. Por isso, também consideramos que as dívidas contraídas para ocorrer aos encargos normais da vida familiar devem ter um regime especial face às restantes dívidas: o da solidariedade em qualquer regime de bens, sendo matéria a regular no domínio do regime patrimonial primário (como fazem o art. 220.º do Cód. Civil francês, o art. 1319.º, 2.º, do Cód. Civil espanhol, e o § 1357.º do BGB).

O regime da responsabilidade por dívidas deverá assentar na regra de que o cônjuge que contrai a dívida é o responsável pela mesma. Numa posição mais radical, iríamos até um pouco mais longe, pela estipulação de um regime semelhante ao previsto no direito alemão, ou seja, adoptando um regime de base separatista, estipular a responsabilidade do cônjuge que contrai a dívida, nos termos gerais, e apenas no caso das dívidas contraídas para a satisfação dos encargos normais da vida familiar, a estipulação da responsabilidade solidária de ambos os cônjuges¹³⁵⁰. É evidente que mesmo no regime de separação (ou de base separatista) algumas dívidas podem ser

¹³⁵⁰ Aliás, mesmo nos regimes jurídicos que, como o nosso, adoptam a comunhão de adquiridos como regime supletivo, no regime de separação de bens cada cônjuge responde pelas suas dívidas e apenas há responsabilidade de ambos os cônjuges no caso de dívidas contraídas para ocorrer aos encargos normais da vida familiar (art. 1536.º do Cód. Civil francês e art. 1440.º do Cód. Civil espanhol).

contraídas por um dos cônjuges em proveito comum sem que sejam para satisfação dos encargos normais da vida familiar. Mas, nestes casos, se o cônjuge que a contraiu, e seu responsável, a pagou, sempre podem prever-se mecanismos de correcção, além da possibilidade de recurso às regras gerais do enriquecimento sem causa¹³⁵¹. Seria a propósito do regime, então convencional, de comunhão de adquiridos ou geral que se preveria uma regulamentação semelhante à vigente, mas com a abolição do art. 1691.º, n.º 1, al. d), e a alteração do regime da responsabilidade solidária do art. 1695.º, n.º 1.

De referir ainda a importância da manutenção da proibição de alteração do regime da responsabilidade por dívidas (seja ele qual for), para que os credores não sejam surpreendidos com alterações nem sempre conhecidas estipuladas pelos cônjuges. Quando muito, a admitir-se isso, tais alterações sempre estariam sujeitas às regras da alteração das convenções matrimoniais (a admitir a revogação do princípio da imutabilidade) e, em especial, a registo.

¹³⁵¹ A jurisprudência francesa admite que pela dívida contraída por um cônjuge, casado em regime de separação de bens, em benefício do outro possa vir a responder este face ao credor. O que só poderá acontecer com fundamento nas regras do mandato tácito, da gestão de negócios ou do enriquecimento sem causa. V., A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., p. 547, nota 17.

V. A liquidação e partilha: as compensações devidas pelo pagamento de dívidas do casal e os problemas relativos à existência de passivo não pago no momento da liquidação ou após a partilha

1. Noções introdutórias: compensações no âmbito da responsabilidade por dívidas do casal

A comunhão de vida que existe entre os cônjuges implica e conduz, inevitavelmente, a uma promiscuidade patrimonial. Não pode haver qualquer pretensão de estabelecer uma absoluta e completa separação de patrimónios, isto é, ainda que configuremos a existência de patrimónios próprios de cada um dos cônjuges e, nos regimes de comunhão, de um património comum, o desenvolvimento normal da vida conjugal força à interpenetração patrimonial, à osmose entre os patrimónios próprios e o comum.

É nos regimes de comunhão que tal facto mais acentuadamente se faz sentir, não sendo habitualmente fácil distinguir o que é próprio de cada cônjuge e o que é comum. Partimos, assim, do regime da comunhão de adquiridos como regime supletivo e da regulamentação do regime das compensações pelo pagamento de dívidas, não descurando, porém, o regime de separação¹³⁵².

A referida osmose patrimonial que ocorre em virtude da comunhão de vida, exige a previsão de determinados mecanismos destinados a realizar um justo equilíbrio patrimonial entre os cônjuges. Na constância do matrimónio é possível que ocorram transferências de valores entre as diferentes massas de bens em presença. Tais

¹³⁵² A liquidação do regime de bens não é exclusiva dos regimes de comunhão, existindo também no regime de separação. Em todo o caso, é a existência de um património comum que implica a possibilidade de surgimento de compensações no momento da liquidação e exige uma partilha que levanta os principais problemas. Por isso, centramos o nosso estudo no regime de comunhão.

As compensações (*stricto sensu*) pelo pagamento de dívidas do casal implicam o relacionamento de um património próprio com o património comum, o que não ocorre no regime de separação por ausência deste último. Tal não significa, porém, a ausência de créditos entre os patrimónios próprios dos cônjuges (que poderão também ocorrer nos regimes de comunhão), os quais não estão sujeitos ao regime específico das compensações mas ao regime geral das obrigações. Por isso, e como veremos, distinguimos as compensações *stricto sensu* dos simples créditos entre cônjuges.

Uma solução pensável para os problemas que a regulamentação legal das compensações encontra entre nós, seria a de afastar o regime da comunhão de adquiridos, admitindo como regime supletivo um regime de base separatista (o regime de participação nos adquiridos, semelhante à *Zugewinngemeinschaft* alemã, ou mesmo o regime de separação de bens), não nos repugnando aí admitir a regulação, por remissão para o Direito das Obrigações, de créditos entre cônjuges imediatamente exigíveis no decurso do casamento. Querendo convencionar um regime de comunhão, teriam os cônjuges que estipular na convenção antenupcial o regime das compensações. Só nesse caso não seria premente regular o regime das compensações em geral e, em especial, pelo pagamento de dívidas do casal. Mas, mesmo nessa hipótese, poderia sempre acontecer que os cônjuges, na convenção antenupcial, não regulassem o regime das compensações e, por isso, também nesse caso, seria importante a lei prever tal regulamentação.

transferências darão origem, no final do matrimónio¹³⁵³, a créditos e débitos recíprocos: os patrimónios próprios podem ser credores do comum, este daqueles e os próprios de cada um podem ser devedores dos próprios do outro. O que se pretende evitar com tais mecanismos é o enriquecimento de um dos cônjuges à custa do empobrecimento do outro, procurando salvaguardar um certo equilíbrio patrimonial.

O princípio da imutabilidade dos regimes de bens, as regras relativas à sub-rogação de bens, a livre revogabilidade das doações entre os cônjuges e as penas patrimoniais aparecem como uns desses mecanismos¹³⁵⁴. Restringimos, porém, o nosso estudo ao âmbito das compensações pelo pagamento das dívidas do casal, reguladas no art. 1697.º do Cód. Civil, porque obviamente só esta matéria toca o problema das dívidas dos cônjuges¹³⁵⁵.

O mecanismo das compensações é uma peça fundamental dos regimes de comunhão. Caracterizados pela coexistência de três massas de bens, implicando osmoses inevitáveis entre as mesmas, os regimes de comunhão têm de prever mecanismos com vista ao restabelecimento do equilíbrio entre os diferentes patrimónios em causa, eventualmente afectado durante a vigência da comunhão conjugal. O mecanismo das compensações desempenha, assim, um papel de relevo.

Tendo por objectivo restabelecer o equilíbrio entre os diferentes patrimónios, as compensações procuram evitar o enriquecimento injusto, como princípio geral de

¹³⁵³ Em rigor, a lei não prevê tais mecanismos no momento da dissolução do casamento mas no momento da partilha dos bens.

¹³⁵⁴ V., sobre todas estas questões, M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, cit., *passim*.

¹³⁵⁵ Planiol/Ripert, *Traité pratique de Droit Civil français...*, cit., pp. 498 e 499, referem que a teoria da sub-rogação real apresenta uma dupla vantagem sobre a teoria das compensações: permite assegurar a composição dos patrimónios mesmo no decurso da comunhão e, por outro lado, previne a ruptura do equilíbrio entre os três patrimónios ao passo que as compensações só actuam no momento ulterior da partilha. Reconhecem, porém, o âmbito mais limitado de aplicação do mecanismo da sub-rogação real. V. também, Françoise Chapuisat, *loc. cit.*, pp. 647 e 656. Planiol/Ripert, *Traité élémentaire...*, cit., p. 84, e A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., p. 301, consideram que a sub-rogação real confere a qualidade de proprietário, enquanto que o mecanismo das compensações apenas confere a qualidade de credor (sujeito à insolvabilidade do património devedor e às desvalorizações monetárias). Também J. J. Rams Albesa, *ob. cit.*, p. 161, considera a sub-rogação um importante meio de restabelecer os equilíbrios patrimoniais *in natura* e não em direitos de crédito como acontece com as compensações. Contudo, e como acontece no domínio da responsabilidade por dívidas, o enriquecimento de um património em detrimento de outro não se traduz necessariamente no aparecimento de um novo bem susceptível de ocupar, nesse património, o lugar deixado pelo bem sacrificado. Por isso, o mecanismo da sub-rogação não afecta os desequilíbrios que possam resultar de uma alteração do regime da responsabilidade por dívidas. Assim, para que os desequilíbrios patrimoniais sejam, senão prevenidos, pelo menos corrigidos, torna-se necessário um mecanismo apto a intervir todas as vezes em que os outros mecanismos falhem, como o das compensações. É isso mesmo que L. Barbiera, *ob. e loc. cit.*, p. 452, expressa ao dizer que o conteúdo da disposição do art. 192.º do Cód. Civil italiano pressupõe o não funcionamento da regra da sub-rogação real. De igual modo pronunciou-se Carmindo Ferreira, *loc. cit.*, ano 9.º, p. 101. V. também, A. Colomer, *L'instabilité...*, cit., pp. 36-44, que apresenta, como formas de salvaguardar o equilíbrio entre as diferentes massas patrimoniais no regime de comunhão, o mecanismo da imutabilidade das convenções matrimoniais, o da sub-rogação real e o das compensações.

direito, de um património em detrimento de outro, decorrente, em especial, do pagamento de dívidas, por um dos patrimónios, que oneram definitivamente outro património¹³⁵⁶. Por outro lado, a técnica das compensações impõe que se determine o rasto dos movimentos de valores entre os patrimónios, permitindo identificar as transferências que pretendem defraudar a imutabilidade do regime de bens, encobrir negócios jurídicos proibidos ou constituir liberalidades não sujeitas ao regime da revogabilidade¹³⁵⁷.

O Código Civil fala, expressamente, em compensações devidas pelo património comum ao património próprio de um dos cônjuges ou por este àquele nos arts. 1682.º, n.º 4, 1697.º, 1722.º, n.º 2, 1726.º, n.º 2, 1727.º, 2.ª parte, e 1728.º, n.º 1, *in fine*¹³⁵⁸. Defendemos a existência de um princípio geral que obriga às compensações entre os patrimónios próprios dos cônjuges e o comum sempre que um deles, no final do regime, se encontre enriquecido em detrimento do outro. A não ser assim, verificar-se-ia um enriquecimento injusto da comunhão à custa do património de um dos cônjuges ou de

¹³⁵⁶ Sobre o fundamento das compensações, v., Cristina M. Araújo Dias, *Compensações devidas pelo pagamento de dívidas...*, *cit.*, pp. 130-150.

¹³⁵⁷ G. Cornu, *ob. cit.*, p. 492.

¹³⁵⁸ Assim, haverá compensações, de acordo com o art. 1722.º, n.º 2, quando, em virtude de um direito próprio anterior, certos bens adquiridos na constância do matrimónio e considerados próprios de um dos cônjuges, forem pagos com dinheiro comum ou à custa de bens comuns. Surge aí um crédito a integrar a conta de compensações a favor da comunhão.

De igual modo, compensações serão devidas nos termos dos arts. 1726.º, n.º 2, 1727.º, 2.ª parte, e 1728.º, n.º 1, *in fine*. Quanto ao art. 1726.º, n.º 2, no caso de as prestações, para a aquisição de um bem, serem de desigual valor e os bens adquiridos assumirem, por força do critério estabelecido no n.º 1 do mesmo artigo, a natureza (própria ou comum) da prestação mais valiosa, haverá que compensar o património desfalcado. A compensação dar-se-á a favor do património próprio do cônjuge lesado se a coisa adquirida for considerada comum e a favor do património comum na hipótese inversa. Será à luz deste art. 1726.º que poderão surgir compensações decorrentes da construção de uma casa, no decurso do casamento, em terreno próprio de um dos cônjuges e com recurso a empréstimo bancário, cujas prestações sejam pagas com o salário dos cônjuges. De facto, e consoante a contribuição mais alta seja a do património próprio (terreno) ou do património comum (dinheiro comum utilizado para pagamento de empréstimo com vista à construção da casa), e, assim, o bem se qualifique como próprio ou comum, haverá a devida compensação ao património empobrecido. V., sobre esta questão e o afastamento do regime geral da acessão, M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, “Das relações entre o Direito comum e o Direito matrimonial...”, *ob. e loc. cit.*, pp. 487-500, e Cristina M. Araújo Dias, “Da acessão no âmbito da titularidade dos bens no regime de comunhão de adquiridos: bens adquiridos por virtude da titularidade de bens próprios”, in AAVV, *Estudos em Comemoração do 10.º Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 229-249.

Também no caso do art. 1727.º, 2.ª parte, pode suceder que o cônjuge comproprietário tenha que efectuar o pagamento da parte adquirida com somas pertencentes ao património comum. Quando assim seja haverá lugar a compensação a favor do património comum. Finalmente, o art. 1728.º, n.º 1, *in fine*, prevê a necessidade de compensar o património comum sempre que a nova aquisição tenha envolvido despesas custeadas com dinheiro ou outros valores comuns.

A estas disposições poderá acrescentar-se, ao prever compensações devidas à comunhão pelo cônjuge que, sem consentimento do outro, alienou ou onerou, por negócio gratuito, móveis comuns de que tem a administração, o art. 1682.º, n.º 4, no âmbito das disposições gerais relativas aos efeitos patrimoniais do casamento.

um destes à custa daquela. Por isso, e apesar de não estar expressamente previsto, admitimos também a existência de compensações nos termos do art. 1723.º, al. c)¹³⁵⁹.

No campo da responsabilidade por dívidas, as compensações estão previstas no art. 1697.º¹³⁶⁰.

¹³⁵⁹ Seguimos aqui o mesmo entendimento já defendido por M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, cit., p. 395. Sobre esta hipótese de um direito de compensação do cônjuge prejudicado com o ingresso de um bem próprio na comunhão, por não indicação da proveniência dos valores em causa, nos termos da al. c) do art. 1723.º, no momento da dissolução e partilha do património comum, v., M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, “A sub-rogação real indirecta...”, loc. cit., pp. 185 e segs., e *Limites à autonomia privada...*, cit., pp. 350 e segs. Com efeito, se a compensação visa evitar o enriquecimento injusto de um património à custa de outro, comprovando-se que o ingresso de um bem na comunhão empobreceu o património próprio de um dos cônjuges, não nos choca admitir a compensação deste pelo património comum, muito embora o art. 1723.º, al. c), não o refira expressamente. As normas reguladoras das compensações “reafirmam um princípio geral que obriga às compensações entre os patrimónios próprios dos cônjuges, e entre estes e o património comum, sempre que um deles se encontre enriquecido em detrimento de outro” (M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, cit., p. 352). Aceitando também a existência de uma compensação nessa situação, v., Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 473.

Será de admitir a existência de compensações em qualquer situação em que, no final do regime de bens, um dos patrimónios se encontre empobrecido em detrimento do outro, como nos parece ser o caso da disposição, em proveito próprio do cônjuge administrador, de valores comuns depositados em conta bancária e analisado pelo acórdão da RE, de 21.02.2002 (v., Cristina M. Araújo Dias, “Processo de inventário, administração e disposição de bens (conta bancária) e compensações no momento da partilha dos bens do casal – comentário ao acórdão da Relação de Évora, de 21-2-2002 (*Col. Jurisp.*, tomo I, 2002, p. 274)”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 1, n.º 2, 2004, pp. 120-122).

¹³⁶⁰ Os n.ºs 1 e 2 do art. 1697.º correspondem ao § 2.º do art. 1113.º do Cód. de Seabra e ao § 2.º do art. 10.º do Cód. Comercial, na primitiva redacção, respectivamente. Em termos gerais, poderá dizer-se que são devidas compensações quando as dívidas comuns forem pagas com bens próprios de um dos cônjuges, bem como quando as dívidas de um só dos cônjuges forem pagas com bens comuns. É essencialmente no facto de “o crédito de um dos cônjuges sobre o outro” só poder ser exigível no momento da partilha dos bens do casal que o n.º 1 do art. 1697.º se distingue do § 2.º do art. 1113.º do Cód. de Seabra, onde havia a imediata exigibilidade.

A regra do n.º 1 do art. 1697.º corresponde, com algumas diferenças, ao § 2.º do art. 1113.º do Cód. de Seabra. Com efeito, enquanto que o art. 1113.º se referia a dívidas comunicáveis que, por falta de bens comuns, foram pagas com bens próprios de um dos cônjuges, o n.º 1 do art. 1697.º evita a utilização desse termo, usando o de “dívidas da responsabilidade de ambos os cônjuges”, evidenciando, assim, que a solução se aplica a todos os regimes de bens e não apenas aos de comunhão.

Procedeu-se também à eliminação da referência ao direito de regresso de um dos cônjuges contra o outro, feita no § 2.º do art. 1113.º, atendendo a que se tratava de uma compensação devida em consequência do regime de solidariedade passiva aplicado a essas dívidas pelo § 1.º do mesmo artigo, e a sua substituição pela simples afirmação de que um dos cônjuges se torna credor do outro (em rigor, será um crédito do património próprio de um dos cônjuges face ao comum, nos regimes de comunhão; só será verdadeiramente um crédito do outro cônjuge no regime de separação e, por isso, pode ser imediatamente exigível). O direito de crédito atribuído a um dos cônjuges tanto existe nos casos em que o cônjuge respondeu com os bens próprios, como obrigado solidário (nos termos do art. 1695.º, n.º 1), como nos casos em que tenha respondido como obrigado conjunto (cfr. o art. 1695.º, n.º 2). Se a dívida for comum, da responsabilidade de ambos os cônjuges, e não existirem bens comuns ou forem insuficientes, respondem solidariamente os bens próprios de qualquer um dos cônjuges. Mas se o regime adoptado for o da separação de bens, tal responsabilidade será apenas conjunta. Ora, tanto num caso como no outro pode um dos cônjuges pagar a mais do que lhe competia: nos regimes de comunhão poderá ser forçado a isso dada a sua posição de devedor solidário; no regime de separação, poderá querer voluntariamente fazê-lo para evitar, nomeadamente, discussões familiares ou outros problemas (quando a dívida é da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges – art. 1696.º - e respondem bens próprios de outro cônjuge, porque voluntariamente o quis fazer, deverá também aqui admitir-se um crédito entre os cônjuges. Tal situação não é abordada no art. 1697.º, n.º 2, porque não se trata de uma compensação *stricto sensu* mas de um crédito entre cônjuges, sujeito ao regime geral do Direito das Obrigações). Razoável será que, nas duas situações, surja um crédito face ao outro cônjuge ou face ao património comum pelo que pagou além do que lhe competia.

Por um lado, o n.º 1 do art. 1697.º não fala, como fazia o § 2.º do art. 1113.º, no que o cônjuge pagou “além da metade que lhe pertencia”, mas somente no que pagou “além do que lhe competia satisfazer”. O § 2.º do artigo mencionado apenas se referia às dívidas comunicáveis e, admitindo-se apenas a comunhão por metades, o preceito podia exprimir-se dessa forma. À luz do Cód. Civil de 1966 a situação é diferente, dado que não se trata somente de dívidas comunicáveis, mas de dívidas da responsabilidade de ambos os cônjuges, seja nos regimes de comunhão seja no de separação de bens e, conseqüentemente, sejam dívidas solidárias ou conjuntas. É possível aos cônjuges obrigarem-se em proporções desiguais e não por metades, mesmo nas dívidas solidárias, podendo haver casos, embora raros e excepcionais, em que os cônjuges não estejam onerados por metade, mas sim em proporções desiguais. Seria o caso, apresentado por Braga da Cruz, “Capacidade patrimonial dos cônjuges...”, *loc. cit.*, p. 413, de serem doados por terceiros certos bens ao património comum dos cônjuges, mas com a estipulação de estes participarem neles em partes desiguais. A participação nas dívidas comuns, dentro das forças desses bens, obedecerá à mesma desigualdade de proporções. De referir que não há, neste caso, violação da regra da metade prevista no art. 1730.º - cfr., neste sentido, Guilherme de Oliveira, “Sobre o contrato-promessa de partilha...”, *loc. cit.*, p. 285, nota 21. Braga da Cruz, “Regimes de bens do casamento. Disposições gerais. Regimes de comunhão...”, *loc. cit.*, p. 215, chegou a propor um artigo específico intitulado “Participação no património comum em partes desiguais”, mas a norma não passou para a versão definitiva, mantendo-se hoje a participação em partes iguais.

Mas é na parte final do n.º 1 do art. 1697.º que, seguindo o ensinamento de Braga da Cruz (repare-se que o actual art. 1697.º traduziu na íntegra o art. 17.º do anteprojecto de Braga da Cruz, da sua autoria, já que o anteprojecto de Pires de Lima não previa a matéria aí regulada), reside a principal diferença entre a solução do Cód. Civil de 1966, e ainda actual, e o § 2.º do art. 1113.º do Cód. de Seabra. De facto, o “direito de regresso” estabelecido em favor do cônjuge que pagou mais do que devia apresentava-se no referido § 2.º com a natureza de um direito imediatamente exequível, ao passo que o crédito estabelecido no actual n.º 1 só é exigível no momento da partilha do casal, salvo se vigorar o regime de separação de bens.

Parece-nos, contudo, que as situações contempladas nos arts. 1113.º, § 2.º, do Cód. de Seabra, e 1697.º, n.º 1, do Cód. Civil, não são exactamente iguais. Porque admitia o Cód. de Seabra a imediata exigibilidade do direito de regresso de tal crédito de um cônjuge face ao outro? Precisamente por não se tratar de relações entre os patrimónios próprios dos cônjuges e o comum, ou seja, apesar de termos dívidas comuns pelas quais responderam bens próprios de um dos cônjuges, o art. 1113.º fazia surgir imediatamente um crédito no património próprio do cônjuge que pagou a dívida face ao património próprio do outro, não intervindo a comunhão. Em rigor, não eram propriamente créditos entre cônjuges, pois havia o pagamento de uma dívida comum. Porém, tudo se passava como se se tratasse de simples créditos entre cônjuges, na medida em que não se fazia intervir o património comum, não se prevendo o pagamento de tal crédito mediante a meação nos bens comuns. Contra tal entendimento não se poderá argumentar no sentido de que, sendo assim, o art. 1697.º, n.º 1, também criaria um crédito a favor do cônjuge que pagou a dívida, imediatamente exigível, pois o artigo é claro ao remeter a sua exigibilidade para o momento da partilha e implicando uma conexão com o património comum (cfr. o art. 1689.º, n.º 3). Mesmo que entendêssemos que o art. 1697.º, n.º 1, regula créditos entre cônjuges, mesmo nos regimes de comunhão (o que, desde já, afastamos), nunca poderíamos defender, atendendo à letra da lei, a sua imediata exigibilidade como expressamente fazia o Cód. de Seabra.

O art. 1697.º pretende regular as compensações e, em rigor, não deveria dispor como faz: não há um crédito entre os cônjuges (daí não fazer sentido falar em “credor”), mas compensação do património comum ao próprio do cônjuge que pagou dívidas comuns com bens próprios, ainda que tal crédito passe pelo aumento da sua meação no património comum e por uma diminuição da meação do outro cônjuge como se este fosse o devedor, atendendo ao disposto no art. 1689.º, n.º 3. Também aí o termo “créditos entre os cônjuges” não nos parece acertado ou, pelo menos, aplicado no seu sentido rigoroso, parecendo abranger tanto esses créditos como as compensações propriamente ditas. Porém, se o articularmos com o n.º 1 do art. 1697.º compreende-se a solução legal: se esse n.º 1 se refere a um crédito a favor de um dos cônjuges, o n.º 3 do art. 1689.º necessariamente terá de regular precisamente esse crédito, não lhe chamando compensação. Para mais, o n.º 3 do art. 1689.º, relativo à partilha, deve abordar não apenas a questão das compensações do património comum ao próprio de um dos cônjuges (e repare-se que o n.º 1, *in fine*, regula as compensações devidas ao património comum), mas também os eventuais créditos entre os cônjuges que ainda não tenham sido exigidos. Aliás, o mais provável será que, não obstante poderem ser exigidos a todo o tempo, nos termos gerais do Direito das Obrigações, tal só ocorra no momento da dissolução e partilha do regime de bens.

Salvaguarda-se o regime de separação de bens pois aí só haverá créditos entre cônjuges e não compensações. O Cód. de Seabra admitia a imediata exigibilidade tal como o actual art. 1697.º a admite para o regime de separação: nos dois casos trata-se de relações entre patrimónios próprios.

Nos regimes de comunhão, o que temos são compensações *stricto sensu*, que se diferem para o momento da partilha dada a natureza do património comum. Tratando-se, nesses regimes, de créditos entre os cônjuges não nos parece que não possam ser

Em termos gerais, poderá dizer-se que são devidas compensações quando as dívidas comuns forem pagas com bens próprios de um dos cônjuges, bem como quando as dívidas de um só dos cônjuges sejam pagas com bens comuns.

O n.º 1 do art. 1697.º regula as compensações devidas pela comunhão a favor de um dos cônjuges, quando este respondeu por dívidas comuns. O direito de crédito aí atribuído a um dos cônjuges tanto existe nos casos em que o cônjuge respondeu com os bens próprios, como obrigado solidário (nos termos do art. 1695.º, n.º 1), como nos casos em que tenha respondido como obrigado conjunto (art. 1695.º, n.º 2), uma vez que, mesmo neste último caso, ele poderá ter querido satisfazer uma parte da dívida global superior à que lhe competia (muito embora, neste último caso, não tenhamos compensações *stricto sensu*).

Pretende-se que o cônjuge que pagou mais do que devia tenha sempre o direito a ser compensado daquilo que pagou a mais.

Por sua vez, o n.º 2 do art. 1697.º, referindo-se às compensações devidas pelo património próprio de um dos cônjuges ao património comum, pretende abranger todos os casos em que, por dívidas próprias, responderam bens comuns. Cabem, assim, no mencionado n.º 2 dois núcleos de situações.

O primeiro abrange os casos em que, na falta ou insuficiência dos bens próprios do cônjuge devedor, responderam por uma dívida própria bens comuns, nos termos do n.º 1 do art. 1696.º.

O segundo grupo de casos abrangidos pelo n.º 2 do art. 1697.º é o daqueles em que os bens comuns responderam ao mesmo tempo que os bens próprios do cônjuge devedor, nos termos do n.º 2 do art. 1696.º. Pelo facto de os bens comuns serem, nesses casos, executados conjuntamente com os bens próprios do cônjuge devedor, por dívidas da exclusiva responsabilidade deste, não deixam de ser bens comuns. Haverá, assim, um pagamento de dívidas próprias com bens comuns e, conseqüentemente, um prejuízo do outro cônjuge que terá de ser compensado no momento da partilha do casal.

exigidos no decurso do casamento - a isso não obsta a natureza do património comum, pois apenas se relacionam os patrimónios próprios de cada um dos cônjuges.

Por outro lado, o n.º 2 do mesmo art. 1697.º representa uma generalização do princípio consagrado no § 2.º do art. 10.º do Cód. Comercial, na sua versão original. Enquanto que o art. 10.º do Cód. Comercial se referia à hipótese de ter havido execução de bens comuns por conta da meação do marido, para pagamento das dívidas comerciais deste (não tendo a mulher requerido a separação judicial de bens), o n.º 2 do art. 1697.º pretende abranger todos os casos em que, por dívidas próprias (sejam ou não comerciais, e sejam do marido ou da mulher), tenham respondido bens comuns.

Portanto, sempre que, nos regimes de comunhão, por dívidas da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges tenham respondido bens comuns, surgirá um direito de compensação do património comum a efectivar no momento da partilha.

Se atendermos à titularidade do crédito nascido do pagamento de dívidas comuns com bens próprios de um dos cônjuges (n.º 1) ou nascido do pagamento de dívidas próprias com bens comuns (n.º 2), constatamos que, enquanto no n.º 1 o credor da compensação devida é o cônjuge que pagou a dívida com bens próprios, no n.º 2 o credor é o património comum.

As razões apresentadas por Braga da Cruz, no seu anteprojecto, para a referida regulamentação, ligavam-se ao facto de no n.º 1 não fazer sentido estabelecer um crédito contra o património comum, já que a disposição se aplica também ao regime de separação de bens (onde não há património comum) e, para além disso, nos regimes de comunhão, o património comum pode estar esgotado no momento da partilha e o cônjuge credor não deve ficar prejudicado por isso¹³⁶¹. Mas reconhece que, se, no momento da partilha, houver bens comuns, é por eles que o cônjuge credor do outro será pago em primeiro lugar (cfr. o art. 1689.º, n.º 3), tudo se passando como se o devedor fosse realmente o património comum e, a título subsidiário, o outro cônjuge. Por outro lado, no n.º 2 entendeu-se que não faria sentido estabelecer um simples crédito do outro cônjuge, como faz o n.º 1 do art. 1697.º (ainda que, no entendimento por nós seguido, em rigor, o que aí está em causa são compensações *stricto sensu*, devidas pela comunhão), pela importância correspondente à sua meação nos bens utilizados para o pagamento da dívida (art. 1689.º, n.º 3)¹³⁶², pois o património comum é um património de afectação especial que tem de ser devidamente ressarcido daquilo em que for desfalcado, a fim de não ficarem prejudicados os interesses daqueles que têm,

¹³⁶¹ A solução legal, fazendo surgir um crédito a favor do cônjuge, poderia também justificar-se alegando a falta de personalidade jurídica da comunhão. Com efeito, não sendo dotada de personalidade jurídica, não seria correcto considerá-la credora de um pagamento a efectuar por um dos cônjuges. Em rigor, o património comum é possuído por ambos os cônjuges, como propriedade de mão comum, e, no final, os créditos e débitos resolver-se-iam entre os cônjuges. Porém, para além de tal entendimento estar em contradição com alguns preceitos legais que se referem expressamente ao património comum como titular de uma compensação (cfr. os arts. 1697.º, n.º 2, 1722.º, n.º 2, 1726.º, n.º 2, 1727.º, 2.ª parte, 1728.º, n.º 1, *in fine*), de nada valeria à lei regular especificamente as compensações entre os patrimónios comum e próprios dos cônjuges, se, afinal, tudo se resolveria como créditos e débitos entre cônjuges.

¹³⁶² Repare-se que idêntica solução apresenta o direito espanhol no art. 1373.º, 2.º, do Cód. Civil espanhol, implicando uma restituição dos valores em causa ao património comum, e os arts. 1470.º, 1.º, do Cód. Civil francês, e 192.º, 1.º e 2.º, do Cód. Civil italiano. Diferentemente regula o direito alemão que, no caso de compensação devida pelo património de um dos cônjuges ao património comum, quando só possa realizar-se no momento da liquidação da comunhão, estipula no § 1476.º, 2.º, do BGB, a imputação na meação do devedor do valor da compensação e, quando tal não seja possível (por insuficiência da referida meação), faz surgir um crédito a favor do outro cônjuge.

em relação a ele, direitos especiais. Estão em causa interesses de terceiros, credores do património comum (cfr. o art. 1689.º, n.º 2), que ficariam prejudicados se, em vez de um crédito do património comum sobre o cônjuge cujas dívidas foram pagas com bens comuns, se estabelecesse um simples crédito do outro cônjuge. Além do mais, a solução traduz a existência de uma verdadeira compensação, ao relacionar o património próprio do cônjuge devedor com o património comum, indiciando, igualmente, a existência de uma conta-corrente, no decurso da vida conjugal, cujo cálculo e saldo final será apurado no final do regime, ao referir que a importância devida é “levada a crédito do património comum”.

Como já tivemos oportunidade de o referir¹³⁶³, se as razões apresentadas para o n.º 2 têm o nosso acolhimento, as apresentadas para justificar o n.º 1 carecem de uma especificação, numa dupla perspectiva.

A primeira relaciona-se com o facto de se dizer que não se poderia constituir um crédito do património próprio de um dos cônjuges face ao comum por o n.º 1 do artigo em causa se referir também ao regime de separação de bens onde não há património comum. Podemos afirmar que, no regime de separação de bens, não há património comum (no sentido de comunhão de bens, ainda que possa haver bens em compropriedade). Mas tal constatação não nos pode levar a afastar que a compensação existente nos regimes de comunhão seja devida pelo património comum e não pelo outro cônjuge. O que temos são dois institutos diferentes: no regime de separação, abordado na parte final do n.º 1 do art. 1697.º, não há qualquer compensação (precisamente por não haver património comum), mas sim créditos entre cônjuges; nos regimes de comunhão o que deverá existir são compensações do património comum ao património próprio de um dos cônjuges. Compensações estas a ter lugar apenas no momento da partilha do casal, atendendo à natureza do património comum, e pagas pela meação do outro cônjuge no património comum. Porque de dois institutos diferentes se trata a solução legal de um e outro deverá também divergir e justifica-se que assim seja. Aliás, a solução é também diferente quanto ao momento da exigibilidade do crédito: a todo o tempo no regime de separação e apenas no momento da partilha nos regimes de comunhão.

A segunda objecção prende-se com a questão de não permitir que, esgotado o património comum, o cônjuge credor fique prejudicado por isso, pois será o outro

¹³⁶³ Cristina M. Araújo Dias, *Compensações devidas pelo pagamento de dívidas...*, cit., pp. 104-107.

cônjuge que terá de o compensar, ainda que, se ainda houver bens comuns, a compensação passe primeiro pela meação deste último, respondendo, assim e afinal, o património comum, como se fosse este o devedor. É efectivamente a meação do cônjuge não credor que compensará o cônjuge que respondeu com o seu património por dívidas comuns (cfr. o art. 1689.º, n.º 3), verificando-se, desta forma, uma compensação do património comum ao próprio de um dos cônjuges. É que, note-se, dada a ausência de personalidade jurídica da comunhão, os titulares do património comum são, efectivamente, ambos os cônjuges. No final, a compensação devida a um dos cônjuges pela comunhão será paga por um acréscimo da meação do cônjuge credor nos bens comuns, de valor igual ao da compensação devida e, necessariamente, por uma diminuição, na mesma proporção, na meação do outro cônjuge. A tal não obsta que se trate de um património de afectação especial e com autonomia (ainda que não plena) face aos cônjuges e ao património próprio de cada um deles. A não ser assim, no final, tratar-se-ia sempre de relações entre patrimónios próprios e as compensações (*stricto sensu*) não tinham razão de existir.

A dúvida poderá surgir quando o património comum se esgotar, ou seja, configurando o património comum como o devedor de uma compensação, acabando este o cônjuge credor não verá satisfeito o seu crédito. Daí que se considere que se trataria de créditos entre os cônjuges, assegurando que o cônjuge credor sempre seria reembolsado, na falta de bens comuns, pelos bens próprios do outro cônjuge (cfr. o art. 1689.º, n.º 3, 2.ª parte). Não nos parece, todavia, correcto tal entendimento.

Em primeiro lugar, confundem-se as compensações (a haver entre o património comum e os patrimónios próprios dos cônjuges e, necessariamente, só nos regimes de comunhão) e os créditos entre cônjuges (existentes entre os patrimónios próprios dos cônjuges, sem intervenção do património comum, possíveis em qualquer regime de bens e exigíveis a todo o tempo). Se se trata de uma dívida comum, pela qual respondem os bens comuns, mas paga com bens próprios, temos, conseqüentemente, compensação e não créditos entre cônjuges.

Depois, o problema de o cônjuge credor não ser compensado, em virtude do esgotamento dos bens comuns, é um risco existente também no regime de separação de bens, em matéria de créditos entre os cônjuges, e aqui o legislador não se preocupou em arranjar uma solução: se o património próprio do cônjuge devedor se esgotar o outro cônjuge não será reembolsado.

Ainda assim, poderá evitar-se tal risco nos regimes de comunhão¹³⁶⁴, procurando interpretar os arts. 1697.º, n.º 1, 1.ª parte, e 1689.º, n.º 3, 2.ª parte, à luz do art. 1730.º.

Com efeito, o art. 1689.º, n.º 3, 1.ª parte, ao referir-se aos “créditos de cada um dos cônjuges sobre o outro”, não deverá ser interpretado como créditos entre cônjuges, quando esteja a regular a situação decorrente do art. 1697.º, n.º 1, 1.ª parte, mas como compensações, na sequência do entendimento apresentado anteriormente.

Deve atender-se ao art. 1730.º, que estabelece a regra da metade, isto é, os cônjuges participam por metade no activo e no passivo da comunhão. O facto de os arts. 1689.º, n.º 3¹³⁶⁵, e 1697.º, n.º 1, se reportarem a compensações entre o património comum e o próprio de um dos cônjuges, nos regimes de comunhão, e exigíveis apenas no momento da partilha, não obsta, nem afasta a que atendamos, nesses regimes, ao art. 1730.º, ou seja, qualquer estipulação que afaste a regra da metade é nula. Por isso, se um cônjuge pagou dívidas comuns com bens próprios, o outro, que necessariamente participa em metade do passivo da comunhão, terá de ter a mesma participação daquele¹³⁶⁶. Daí a solução da 2.ª parte do n.º 3 do art. 1689.º: não existindo, nos regimes de comunhão, bens comuns, ou sendo estes insuficientes, respondem os bens próprios do cônjuge devedor. Assim, não se trata aí de consagrar um crédito de um cônjuge face ao outro, mas de concretizar a regra geral do art. 1730.º.

Repare-se que não se faz, no n.º 2 do art. 1697.º, nenhuma ressalva para o caso de vigorar entre os cônjuges o regime de separação, ao contrário do que acontece no n.º 1 do mesmo artigo. A razão normalmente apontada¹³⁶⁷ está em que, não havendo no regime de separação bens comuns, *stricto sensu*, não há que prever a hipótese de serem pagas por tais bens as dívidas da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges. A tal

¹³⁶⁴ Repare-se que, na sequência do que dizemos no texto, no regime de separação os créditos entre os cônjuges que existam no momento da partilha serão, nos termos do n.º 3 do art. 1689.º, entendido em termos gerais, e na ausência de património comum, pagos pelos bens próprios do cônjuge devedor.

¹³⁶⁵ Quanto a este artigo, deverá, como disposição geral reguladora da partilha, abarcando todos os regimes de bens, regular quer as relações do património comum com os patrimónios próprios dos cônjuges quer as relações entre patrimónios próprios. Como o n.º 1 do art. 1697.º faz surgir um crédito a favor de um dos cônjuges, o n.º 3 do art. 1689.º, limita-se, sem especificar e sem diferenciar as situações, a regular esses “créditos”.

¹³⁶⁶ Apesar de o art. 1730.º ser normalmente utilizado no âmbito da partilha final dos bens do casal, nada impede a sua aplicação no decurso da vida do casal. Além do mais, sistematicamente, o preceito incluiu-se no âmbito da regulamentação do regime de comunhão de adquiridos e não nos artigos relativos à partilha dos bens do casal (arts. 1688.º e 1689.º). As compensações são, entre nós, pagas por imputação ou acréscimo na meação do cônjuge devedor ou credor da compensação. Mas, não se pense que tal viola a regra da metade: por um lado, as próprias compensações permitem uma repartição igualitária das dívidas entre os cônjuges (evitando o enriquecimento de um património à custa de um outro) e, por outro lado, só depois de calculadas e “reservadas” as compensações se procederá à partilha do restante entre os cônjuges.

¹³⁶⁷ Braga da Cruz, “Capacidade patrimonial dos cônjuges...”, *loc. cit.*, p. 418.

razão podemos acrescentar, no seguimento do entendimento que perfilhamos, que não havendo, no regime de separação, bens comuns, património comum, conseqüentemente, não há, neste regime de bens, lugar a quaisquer compensações. Se a elas não há lugar, então a lei não tem necessidade de as regular.

O que poderá acontecer, no regime de separação, será o pagamento, por um dos cônjuges, voluntariamente, de dívidas próprias do outro cônjuge. Ora, neste caso surgirá um crédito entre cônjuges, exigível a todo o tempo e sujeito ao regime geral do Direito das Obrigações^{1368 1369}.

Convém, neste ponto, e partindo da noção de compensações, distinguir as compensações dos créditos entre cônjuges.

A compensação é o meio de prestação de contas do movimento de valores entre a comunhão e o património próprio de cada cônjuge que se verifica no decurso do regime de comunhão. A compensação aparecerá, no momento da liquidação e partilha, ou como um crédito da comunhão face ao património próprio de um dos cônjuges ou como uma dívida da comunhão face a tal património, permitindo que, no fim, uma massa de bens não enriqueça injustamente em detrimento e à custa de outra.

Se assim é, a compensação apenas existirá se aquelas transferências se realizarem no decurso do regime matrimonial (e num dos regimes de comunhão).

Por definição, uma compensação presume um movimento de valores entre o património comum e o património próprio de um dos cônjuges. Se, durante o regime matrimonial, a transferência de valores se realizar entre os patrimónios próprios, haverá um crédito entre cônjuges, e não uma compensação¹³⁷⁰. Tais créditos entre cônjuges

¹³⁶⁸ Repare-se que esta hipótese é também admissível nos regimes de comunhão, onde um dos cônjuges poderá pagar com bens próprios dívidas da exclusiva responsabilidade do outro cônjuge. Aqui, não obstante o regime de bens, surgirá também um crédito entre os cônjuges, imediatamente exigível e sujeito ao regime geral do Direito das Obrigações.

¹³⁶⁹ Não encontramos disposição idêntica nos outros ordenamentos jurídicos que temos vindo a analisar, uma vez que aí a regulamentação das compensações é efectuada a propósito do regime de comunhão legal e, por isso, não há que ter em consideração o regime de separação de bens. Quando muito, seria à luz deste regime que a questão seria abordada. Como vimos, porém, não havendo compensações no regime de separação, os ordenamentos estrangeiros limitam-se a regular os créditos entre os cônjuges ou, nada referindo, sujeitá-los ao regime geral das obrigações.

¹³⁷⁰ V., entre outros, Baudry-Lacantinerie/J. Le Courtois/F. Surville, *ob. cit.*, pp. 727 e 728 e segs. (que já entendiam que se deveria distinguir as *récompenses* das *indemnités* devidas por um dos cônjuges ao outro), e vol. XVII, tomo II, p. 349 (que, ainda que falem em *récompenses*, sujeitam as que se referem às relações directas entre os cônjuges a regras diferentes das que envolvem a comunhão), Morin, “Examen de quelques problèmes que souleve en pratique la nouvelle théorie des récompenses”, *Defrénois*, ano 91.º, n.º 2, 1971, I, art. 29769, pp. 5 e 6, Aubry/Rau, *ob. cit.*, pp. 467 e segs., G. Marty/P. Raynaud, *ob. cit.*, pp. 275 e 276, F. Terré/Ph. Simler, *ob. cit.*, pp. 463 e 464, G. Cornu, *ob. cit.*, pp. 528-532, M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 226 e 227, A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, pp. 446 e 447, e Malaurie/Aynés, *Les régimes matrimoniaux*, *cit.*, pp. 279 e 280. No direito espanhol, v., M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 1678 e 1679, e M.ª Teresa Martín Meléndez, *ob. cit.*, pp. 47 e 48, e no direito italiano, v., Mastropaolo/Pitter, *ob. e loc. cit.*, p. 345, nota 2, citando G. Gabrielli, que entende não ser possível haver compensações entre os

obedecem a um regime jurídico distinto das compensações. Desde logo, salvo convenção em contrário, tais créditos são exigíveis desde o momento do seu surgimento, por estarem sujeitos ao regime geral do Direito das Obrigações, não se justificando o seu diferimento para o momento da partilha¹³⁷¹. O seu pagamento pode ser exigido durante o casamento, sem esperar pela sua dissolução e pela liquidação e partilha do regime matrimonial¹³⁷².

cônjuges, uma vez que, nesses casos, relacionam-se os patrimónios próprios daqueles e não os patrimónios próprios e o comum. Também no direito belga, Léon Raucent, *Droit patrimonial de la famille...*, cit., n.ºs 246 e 297, distingue as compensações, existentes entre o património comum e o património próprio dos cônjuges, dos créditos entre cônjuges a existir entre os patrimónios próprios dos cônjuges.

Planiol/Ripert, *Traité pratique de Droit Civil français...*, cit., pp. 547 e segs., e apesar de falarem em “*récompenses dues par un des époux à l'autre*”, não deixam dúvidas ao referirem que a teoria das compensações, com as suas particularidades, não deve aplicar-se às relações que se estabelecem entre os patrimónios próprios dos cônjuges. Estes dois patrimónios são entre si independentes, tal como no regime de separação de bens. O que justifica a teoria específica e especial das compensações é a existência de um património comum. No mesmo sentido, Henri Deschenaux, *La nature juridique de la communauté de biens entre époux d'après les droits français, allemand et suisse*, Paris, Rousseau et C.ª Éditeurs, 1934, p. 354, nota 2, e Rieg/Lotz, *ob. cit.*, p. 435. V., na jurisprudência francesa, Req., de 2 de Maio de 1906 (DP 1906.I.401, note Binet), citado por A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., p. 446, nota 4.

¹³⁷¹ Os problemas do património comum e a sua natureza de património colectivo, que nos parece justificar o diferimento das compensações, não se colocam quando apenas se relacionam os patrimónios próprios dos cônjuges.

O tratamento diferenciado das compensações e dos créditos entre cônjuges leva-nos a não concordar com Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 421, no sentido de seguir a sugestão do art. 1697.º no caso de crédito de indemnização surgido da responsabilidade do cônjuge administrador (art. 1681.º). De facto, tratando-se de créditos entre cônjuges (o crédito de indemnização será bem próprio, seja no caso de danos num bem próprio - art. 1733.º, al. d) – seja no de danos em bem comum – podendo o cônjuge credor considerar o crédito (correspondente à sua metade do dano) como um bem próprio, não havendo intervenção do património comum, não se justifica a aplicação da regra da exigibilidade diferida das compensações, prevista no art. 1697.º. Assim, nada obsta à exigibilidade imediata de tal crédito mesmo no decurso do casamento. Apenas a tentativa de evitar conflitos entre os cônjuges no decurso do casamento poderia explicar tal diferimento da exigibilidade.

Considerando que os créditos entre cônjuges, surgidos nomeadamente do pagamento por um dos cônjuges da totalidade de uma dívida solidária (e não comum) contraída com o outro, estão sujeitos ao regime geral e, por isso, também exigíveis no decurso do casamento, v., A. Weber, “Die Entwicklung des Familienrechts seit Mitte 1999. Ehe recht, Kindschaftsrecht, Eehwohnung, Hausrat und vermögensrechtliche Beziehungen”, *NJW*, ano 54.º, n.º 18, 2001, p. 1327, ainda que considere poder tal crédito, resultante do § 426.º do BGB, ser diferido para o fim do casamento no caso de ser o cônjuge que aufere o único rendimento do casal, dedicando-se o outro ao lar e educação dos filhos, a suportar a dívida integralmente. Portanto, o eventual diferimento do crédito não se dá por imposição legal ou impossibilidade de determinação dos bens de cada um mas por questões de justiça e equidade. De facto, o trabalho no lar realizado pelo cônjuge será ponderado no momento da liquidação do regime de bens, podendo compensar o pagamento realizado pelo outro.

Também os arts. 203.º, 1.º, e 205.º, 3.º (comunhão de adquiridos), art. 235.º, 1.º (comunhão geral), e 250.º, 1.º (separação de bens), do Código Civil suíço, consideram que o regime de bens e a sua dissolução não afectam o regime das dívidas entre os cônjuges, distinguindo-as das compensações reguladas nos arts. 206.º a 209.º e arts. 238.º e 239.º do mesmo código, que envolvem relação com o património comum (v., Hausheer/Reusser/Geiser, *Berner Kommentar. Das Familienrecht*, II/1/3/1, Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1992, pp. 550-553, 619-621, e II/1/3/2, Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1996, pp. 237-242 e pp. 453 e 454).

¹³⁷² A possibilidade de exigir o pagamento de créditos entre os cônjuges no decurso do casamento resulta também, entre outros factores, da admissão legal da dação em cumprimento, prevista no art. 1714.º, n.º 3, não abrangida pelo princípio da imutabilidade. A lei admite, assim, o pagamento de dívidas entre os cônjuges, por dação em cumprimento, no decurso do casamento e em qualquer regime de bens.

É evidente que, na prática, durante o casamento tal exigibilidade raramente se verificará e será provável até que ocorra o pagamento voluntário e espontâneo por parte do cônjuge devedor ao cônjuge credor por meio de fundos próprios. Mas o mais frequente será que a determinação de tais créditos pessoais entre cônjuges seja efectuada na altura da liquidação e partilha. Aliás, nos regimes de comunhão, nem sempre será fácil saber se estamos perante uma compensação ou um crédito entre cônjuges. O movimento de valores que se opera nos regimes de comunhão torna difícil distinguir o surgimento de um crédito entre cônjuges ou de uma compensação¹³⁷³. Contudo, esses créditos não integram a massa a partilhar nem constam de uma conta como as compensações. Daí a importância e necessidade da distinção entre compensações e créditos entre cônjuges. O regime jurídico é diferente sobretudo ao nível do seu cálculo, avaliação e exigibilidade, estando as compensações sujeitas a um regime particular, ao passo que os créditos entre cônjuges submetem-se ao regime geral do Direito das Obrigações.

O nosso actual art. 1697.º tem como epígrafe “compensações devidas pelo pagamento de dívidas do casal”, não fazendo qualquer diferenciação entre compensações e créditos entre cônjuges. De qualquer forma, da leitura do preceito, sobretudo do n.º 1, que difere as compensações para o momento da partilha dos bens do casal, salvo se vigorar o regime de separação, podemos efectuar uma distinção. Com efeito, o art. 1697.º refere as compensações devidas pelo pagamento de dívidas do casal em sentido lato, de entre as quais se destacam as compensações *stricto sensu*, que apenas ocorrem nos regimes de comunhão, e os créditos entre cônjuges, que podem

¹³⁷³ Emame, "Les créances entre époux", *JCP* éd. N., Doctrine, 1994, p. 309, afirma haver, efectivamente, o risco de confusão entre compensações, que, determinadas no momento da liquidação, regulam as relações entre os patrimónios próprios dos cônjuges e o património comum, e os créditos entre cônjuges, que regulam as relações entre os patrimónios próprios durante o casamento. Refere ainda que as compensações apenas se verificam nos regimes de comunhão enquanto os créditos entre cônjuges podem verificar-se em qualquer regime de bens.

O direito alemão, nos §§ 1446.º, 2.º, e 1468.º do BGB, regula, tal como o art. 1689.º, n.º 3, do nosso Cód. Civil, as compensações e os créditos entre os patrimónios próprios dos cônjuges, permitindo que sejam pagos da mesma forma, ou seja, com os bens próprios ou reservados dos cônjuges. Como o pagamento não passa no direito alemão, e no caso de haver bens próprios suficientes, pela meação no património comum, a compensação (e os créditos) pode ser imediatamente exigível. Tal já não acontecerá se os bens próprios não forem suficientes, pois neste caso remete-se o seu pagamento para o momento da partilha (§ 1476.º, 2.º, do BGB). Solução diferente é apresentada no § 1446.º, 1.º, do BGB, em relação ao cônjuge único administrador, onde se diferem as compensações para o fim da comunhão, atendendo, parece-nos, à natureza do património comum, uma vez que aí, havendo uma maior confusão entre o património comum e o património próprio do administrador, os bens comuns já responderiam pelas compensações (idêntica solução era, entre nós, apresentada no § 1113.º e no § 1123.º do Cód. de Seabra). Não se compreende a razão pela qual o legislador alemão não sujeitou ao mesmo regime as compensações devidas à comunhão pelos cônjuges no caso de ambos serem administradores dos bens comuns (§ 1468.º do BGB).

verificar-se em qualquer regime de bens. Pelo facto de no regime de separação apenas podermos ter créditos entre cônjuges, não há qualquer diferimento para o momento da partilha, sendo aqueles imediatamente exigíveis.

Concluindo, aquilo a que chamamos compensações são as compensações em sentido estrito que apenas ocorrem nos regimes de comunhão, tratando-se de um crédito que se estabelece, no decurso do casamento e na vigência do regime de bens, entre a massa comum e um ou outro dos patrimónios próprios¹³⁷⁴.

Repare-se que os sistemas jurídicos que regulam o problema da responsabilidade por dívidas especialmente em relação a cada regime de bens (como os direitos francês, italiano, espanhol e alemão), apenas abordam a questão das compensações [*récompenses, rimborsi e restituzioni, reintegros e Ausgleich (zwischen Vorbehalts-, Sonder- und Gesamtgut)*] nos regimes de comunhão, o que é indiciador da noção que pretendemos dar às compensações¹³⁷⁵.

¹³⁷⁴ G. Cornu, *Vocabulaire Juridique*, 6.ª ed., Paris, PUF, 1996, p. 694, define *récompense* como, nos regimes de comunhão, a indemnização pecuniária devida pela comunhão a um dos cônjuges ou por um dos cônjuges à comunhão e apenas determinada e exigível após a dissolução da comunhão. No mesmo sentido, Planiol/Ripert, *Traité pratique de Droit Civil français...*, cit., pp. 490 e 491.

Não seguimos, assim, o entendimento de Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 473 e 474, para quem os “créditos entre os cônjuges” nascem de factos específicos que não se relacionam com as transferências normais de valores entre os patrimónios, com a conta-corrente de financiamentos que as compensações procuram liquidar de forma a evitar enriquecimentos de um património em detrimento de um outro. Para os autores podem nascer créditos entre os cônjuges, designadamente por força de responsabilidade civil baseada em actos de administração intencionalmente prejudiciais (art. 1681.º, n.º 1) ou em administração contra a vontade do dono dos bens (art. 1681.º, n.º 3); ou por força de responsabilidade por danos não patrimoniais assentes na violação culposa de direitos fundamentais ou do estatuto matrimonial do outro cônjuge; ou ainda por factos jurídicos negociais – mútuos, locações... – sujeitos ao regime geral dos negócios que lhes dão origem. Designar-se-ia por compensações todas as operações que visassem restabelecer um desequilíbrio entre patrimónios e reservar-se-ia a expressão “créditos entre cônjuges” para designar os vínculos nascidos por outras razões.

Não negamos a existência de créditos entre os cônjuges naquelas hipóteses. Porém, a noção de “créditos entre os cônjuges” é, para nós, mais lata que a dos autores citados, pois abrange todo o relacionamento entre patrimónios próprios dos cônjuges, qualquer que seja a sua origem. Miguel López Muñoz Goñi, *La ejecución de sentencias em materia matrimonial. Guía práctica y jurisprudencia*, 5.ª ed., Madrid, Editorial Colix, 1997, p. 305, apoia esta ideia ao referir que se forem utilizados bens comuns em proveito de um dos cônjuges é a comunhão a credora não se gerando qualquer crédito para o cônjuge prejudicado. Por outro lado, e aí concordamos com os autores em causa, não se confundem tais créditos com as compensações, pois enquanto nestas há um relacionamento entre o(s) património(s) próprio(s) do(s) cônjuge(s) e o património comum, naqueles são apenas os patrimónios próprios dos cônjuges que se ligam. V., Cristina M. Araújo Dias, *Compensações devidas pelo pagamento de dívidas...*, cit., pp. 111-129. Parece-nos que também Gernhuber/Coester-Waltjen, *ob. cit.*, § 38, VII, 15, p. 452, se afastam do entendimento dos autores referidos ao dizerem que, podendo as relações entre o património comum e os patrimónios dos cônjuges bem como as relações apenas entre os patrimónios dos cônjuges ter origens variadas, é possível surgirem relações decorrentes de responsabilidade negocial, como a responsabilidade por facto ilícito ou enriquecimento sem causa. Ou seja, não é o vínculo surgido entre os cônjuges por essas razões que distingue as compensações dos créditos.

¹³⁷⁵ O direito alemão fala também de *Ausgleich* em relação ao regime da *Zugewinnngemeinschaft* (§§ 1371.º e segs. do BGB), mas para abordar a parte a que cada um dos cônjuges terá direito, no fim do regime matrimonial, nos bens adquiridos ao longo do

Com efeito, se atendermos aos artigos relativos às compensações nos ordenamentos jurídicos referidos, incluindo o nosso, verificamos que para haver compensações *stricto sensu* tem de verificar-se um relacionamento entre o património comum e o património próprio de algum dos cônjuges. Se existirem apenas transferências de valores entre patrimónios próprios dos cônjuges (como acontece necessariamente no regime de separação, ainda que o mesmo possa também ocorrer nos regimes de comunhão), teremos créditos entre os cônjuges, que integram o conceito de compensação *lato sensu*, mas não de compensação em sentido estrito, por ausência de relacionamento com o património comum.

2. A regulamentação do direito actual (as insuficiências da lei)

A dissolução do casamento e da comunhão implica o fim do regime matrimonial e o surgimento de um estado de indivisão pós-comunhão que terminará com a liquidação e partilha dos bens comuns, ou seja, o efeito da dissolução do regime matrimonial traduz-se na substituição da comunhão dissolvida por uma indivisão e na possibilidade de liquidação e partilha para lhe pôr fim. Este estado de indivisão pode prolongar-se mais ou menos no tempo com todas as consequências, sobretudo ao nível da actualização dos valores em causa, a isso inerentes.

Em operação prévia à partilha, ainda que quase paralela, deve proceder-se à liquidação do regime matrimonial. É precisamente no momento da liquidação da comunhão que se devem integrar as compensações entre os patrimónios próprios e o comum. A regulação das compensações, como dispõe o nosso art. 1697.º, deverá fazer-se no momento da partilha, mas, em rigor, integra a fase da liquidação da comunhão, como operação prévia à partilha¹³⁷⁶ e, por isso, deverão ser reguladas neste contexto.

Operação sucessiva à retirada dos bens próprios e prévia à partilha dos bens comuns, a liquidação visa determinar e avaliar a massa a partilhar. É o activo que se partilha,

casamento, e não as compensações entre as diferentes massas de bens. V., Beitzke/Lüderitz, *ob. cit.*, pp. 131 e segs., e Lüderitz/Dethloff, *ob. cit.*, pp. 112 e segs., e Gernhuber/Coester-Waltjen, *ob. cit.*, §§ 36 e 37, pp. 391 e segs.

Também o art. 1676.º, n.º 2, do nosso Cód. Civil, refere o direito de exigir uma compensação. Porém, não se trata aqui de uma compensação *stricto sensu*, ou seja, aí se aborda o crédito compensatório de um dos cônjuges, cuja contribuição para os encargos da vida familiar excedeu a parte que lhe pertencia, perante o outro e o seu património próprio.

¹³⁷⁶ A necessidade de uma fase de liquidação, de uma regulação das contas que se estabelecem entre diferentes patrimónios, não existe apenas nos regimes matrimoniais de comunhão. É também preciso proceder-se a uma liquidação em todos os casos em que uma indivisão chega ao fim, tal como acontece na partilha sucessória.

mas, sempre que possível, o activo líquido, deduzindo-se o passivo, as dívidas da comunhão. A liquidação da massa comum não será completa se não incluir certos elementos que, a um ou outro título, integram o activo ou passivo da comunhão. De entre esses elementos surgem, efectivamente, as compensações que podem incluir-se na massa activa ou passiva da comunhão, consoante sejam a favor ou a cargo da mesma, respectivamente.

Como já referimos, no decurso do regime de comunhão, os diversos patrimónios não têm uma existência autónoma e independente e para a realização de uma mesma operação (p. ex., o pagamento de uma determinada dívida), são frequentemente utilizados bens pertencentes aos vários patrimónios. Por isso, será preciso, no momento da liquidação e partilha, restabelecer o equilíbrio entre os patrimónios. Poderá, assim, configurar-se a existência, no decurso do casamento e da comunhão, entre os patrimónios próprios dos cônjuges e o comum, de uma conta de compensações, cujo saldo apenas será apurado, e só ele será devido, no momento da liquidação e partilha. Todos os movimentos operados entre os patrimónios, no decurso do regime matrimonial, não são entre si independentes, integrando a conta de compensações estabelecida em relação a cada um dos cônjuges. O facto de apenas no momento da liquidação e partilha se regularem as compensações não significa que a conta que se estabelece entre cada um dos cônjuges e a comunhão, onde se incluem os créditos e débitos compensatórios devidos por cada cônjuge à comunhão ou por esta àqueles, não tenha uma existência, pelo menos, virtual durante o regime.

Este conceito de conta de compensações como se de uma conta-corrente se tratasse é extraído fundamentalmente da legislação francesa (cfr. o art. 1468.º do Cód. Civil francês), que aborda a questão das compensações como uma operação integrante da fase da liquidação da comunhão. Com efeito, aí se regula detalhadamente em que situações ocorre um direito de compensação da comunhão e em que circunstâncias tal compensação se verifica a favor de um dos patrimónios próprios.

Entre nós, a matéria das compensações não é objecto de uma regulamentação geral e sistemática, ou seja, é a propósito de cada problema em concreto (dívidas do casal, qualificação do bem como próprio ou comum, aquisição de bens...) que as eventuais compensações são abordadas. De qualquer forma, e articulando os diversos artigos reguladores das compensações com o art. 1689.º, remete-se a sua determinação e exigibilidade para o momento da partilha. Por isso, não nos parece descabido admitir a existência, no decurso da comunhão, de uma conta de compensações que integraria

todas as situações, pontualmente previstas na lei, em que surge um crédito ou um débito a favor ou contra a comunhão. Só no momento da liquidação e partilha, altura em que, e também por isso, tais compensações são exigíveis, se determinará o saldo da referida conta¹³⁷⁷.

Também o direito espanhol regula a propósito de cada questão o problema das compensações (cfr., p. ex., quanto à matéria das dívidas, o art. 1364.º do Cód. Civil espanhol). De certa forma, com uma regulamentação mais geral das compensações, surge-nos o direito italiano¹³⁷⁸. Por sua vez, o direito alemão regula as compensações entre os diferentes patrimónios (*Ausgleich zwischen Vorbehalts-, Sonder- und Gesamtgut*) no âmbito da responsabilidade por dívidas contraídas pelo cônjuge único administrador dos bens comuns ou pelos dois cônjuges administradores.

Em todos esses casos, a compensação só se dará no momento da dissolução, liquidação e partilha da comunhão, embora o valor a repor seja o determinado no momento do seu surgimento (p. ex., o da aquisição de um bem ou do pagamento de uma dívida)¹³⁷⁹.

No campo da responsabilidade por dívidas, as compensações estão previstas no art. 1697.º. O seu n.º 1 regula as compensações devidas pela comunhão a favor de um dos cônjuges, quando este respondeu por dívidas comuns, como obrigado solidário (cfr. o art. 1695.º, n.º 1) ou como obrigado conjunto (cfr. o art. 1695.º, n.º 2). Por sua vez, o n.º 2 do art. 1697.º pretende abranger todos os casos em que, por dívidas próprias, tenham respondido bens comuns.

São, portanto, essas as situações que fazem surgir, no momento da liquidação e partilha da comunhão, uma compensação, a favor da comunhão ou de um património próprio, pelo pagamento das dívidas do casal. Quanto à forma de cálculo e modo de pagamento das compensações há que recorrer aos ordenamentos jurídicos estrangeiros que dispõem de uma regulamentação legal sobre a matéria. É necessário, portanto, o recurso ao direito comparado já que não há na nossa ordem jurídica a regulamentação de tal problema.

¹³⁷⁷ É evidente que, e tratando-se de compensações pelo pagamento de dívidas do casal, não encontramos, em rigor, uma conta-corrente e apuramento do saldo final, já que, normalmente, aquilo que estará em causa será um ou outro movimento de valores necessário para efectuar o pagamento de determinadas dívidas mais significativas (p. ex., a aquisição de uma casa).

¹³⁷⁸ Apesar de tudo, o legislador italiano regula os *rimborsi e restituzioni* (cfr. o art. 192.º do Cód. Civil italiano) no âmbito da dissolução do regime de comunhão legal, e não pontualmente em relação a cada problema em concreto.

¹³⁷⁹ Neste sentido pronunciam-se Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil...*, cit., vol. IV, p. 431, a propósito do art. 1726.º V., *infra*, pp. 627 e segs., os problemas que tal solução comporta e que poderiam ser evitados se se admitisse a actualização dos valores em causa.

A análise das situações que dão origem a uma compensação é particularmente extensa e minuciosa na doutrina francesa¹³⁸⁰. Os autores, em geral, distinguem as compensações devidas à comunhão e as compensações devidas a um dos patrimónios próprios.

Quanto às compensações devidas pela comunhão, o art. 1433.º do Cód. Civil francês estabelece o princípio geral: a comunhão deverá compensação ao cônjuge proprietário sempre que tenha tirado algum proveito de bens próprios. Tal acontece, conforme o § 2.º do mesmo artigo, nomeadamente, quando ela absorveu dinheiros próprios ou provenientes da venda de um bem próprio, sem se verificar o fenómeno da sub-rogação real. Além deste caso especial, e exemplificativo, apresentado na lei, permite-se reter, como causa da compensação devida pela comunhão, toda a utilização de bens próprios de um cônjuge que lhe foi proveitosa e rentável.

Assim, deverá verificar-se um enriquecimento da comunhão que terá a sua origem no empobrecimento de um património próprio. Por aplicação da regra geral apresentada, os casos onde há lugar a compensação a favor de um património próprio são naturalmente diversos e devem estabelecer-se por relação a cada situação¹³⁸¹.

¹³⁸⁰ V., Baudry-Lacantinerie/J. Le Courtois/F. Surville, *ob. cit.*, vol. XVI, tomo I, pp. 745 e segs., Planiol/Ripert, *Traité pratique de Droit Civil français...*, *cit.*, pp. 349 e segs. e pp. 505 e segs., e *Traité élémentaire...*, *cit.*, pp. 203 e segs., Beudant, *ob. cit.*, vol. X, 2.ª ed., Paris, Rousseau et C.ª Editeurs, 1937, pp. 286 e segs., Denecker, *ob. cit.*, pp. 77 e segs., Savatier, *La communauté conjugale...*, *cit.*, pp. 187-203, Morin, *loc. cit.*, pp. 9-19, Aubry/Rau, *ob. cit.*, pp. 434 e segs., Patarin/Morin, *ob. cit.*, pp. 257-267, Henri Mazeaud, *et alii*, *ob. cit.*, vol. I, tomo IV, pp. 450 e segs., Rieg/Lotz, *ob. cit.*, pp. 435-440, G. Marty/P. Raynaud, *ob. cit.*, pp. 276 e segs., F. Terré/Ph. Simler, *ob. cit.*, pp. 468 e segs., G. Cornu, *Les régimes matrimoniaux...*, *cit.*, pp. 475 e segs., M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 228 e segs., A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, pp. 450 e segs., e Rémy Cabrillac, *ob. cit.*, pp. 229-234.

¹³⁸¹ Um desses casos será a absorção e utilização de bens ou valores próprios para aquisição, melhoramento ou conservação de um bem comum (p. ex., utilização de materiais próprios para a construção ou reparação de um bem comum; aplicação, em benefício da comunhão, de uma indemnização resultante de um seguro de responsabilidade substitutiva de um bem próprio destruído...). Assim, quando fundos próprios de um dos cônjuges forem utilizados para a aquisição (não observando os formalismos exigidos para o mecanismo da sub-rogação – cfr. os arts. 1406.º, 1434.º, e 1435.º do Cód. Civil francês), reparação ou melhoramento de bens comuns (p. ex., o financiamento de uma construção num terreno comum), será devida uma compensação ao património próprio empobrecido. Todavia, de tais aquisições ou melhoramentos de bens comuns não decorrem quaisquer compensações a cargo da comunhão se foram financiados mediante rendimentos de bens próprios, que ingressam na comunhão (art. 1401.º do Cód. Civil francês).

No caso de troca de um bem próprio, mediante o pagamento de uma torna à custa da comunhão de valor superior ao valor do bem cedido, o bem será adquirido integralmente pela comunhão, salvo a devida compensação (cfr. o art. 1407.º do Cód. Civil francês). O mesmo acontece no caso de sub-rogação de um bem próprio, quando a contribuição da comunhão para o preço de aquisição e respectivas despesas seja superior à do cônjuge adquirente: o bem ingressa na comunhão, mas será devida compensação ao cônjuge a cargo do património comum.

Compensação a cargo da comunhão existirá também na hipótese de uma confusão (ou assimilação) de bens móveis próprios na massa comum, em consequência da presunção de comunicabilidade dos bens (cfr. o art. 1402.º do Cód. Civil francês), se não se provar que o bem é próprio de um dos cônjuges e se se demonstrar o enriquecimento da comunhão.

De referir que, e uma vez que, no direito francês, todas as dívidas da comunhão são também próprias do cônjuge que contraiu a dívida, nada impede que o credor apenas se dirija contra o património próprio do seu devedor. Sendo a dívida definitivamente da comunhão, verificou-se um enriquecimento desta à custa do património próprio do cônjuge e, assim, deverá compensar aquele. Repare-se, porém, neste contexto, que, ao contrário do que ocorre no caso de a comunhão pagar uma dívida própria de um dos cônjuges (art. 1412.º do Cód. Civil francês) ou de suportar uma dívida comum, mas meramente a título provisório (arts. 1413.º, 1416.º, e 1417.º do Cód. Civil francês), as compensações devidas pela comunhão a um dos cônjuges pelo pagamento de dívidas não têm fundamento em disposição expressa na lei, decorrendo do princípio geral enunciado no art. 1433.º do Cód. Civil francês.

Uma vez identificada a sua origem importa provar que a compensação é devida pela comunhão. O cônjuge terá, assim, que fazer uma dupla prova. Em primeiro lugar deverá estabelecer a origem própria dos bens ou valores, de acordo com o art. 1402.º, 2.º, do Cód. Civil francês, sob pena de funcionar a presunção de comunicabilidade nesse artigo prevista. Por outro lado, não é suficiente estabelecer que os bens ou valores próprios foram absorvidos pela comunhão, sendo necessário provar que houve enriquecimento desta, provar que a comunhão tirou proveito desses bens ou valores próprios (cfr. o art. 1433.º, 3.º, do Cód. Civil francês), pelo menos quando tenha havido oposição. Nesse caso, a prova poderá ser feita por todos os meios, mesmo por testemunhas e presunções, o que denota a dificuldade de tal demonstração¹³⁸².

Por sua vez, o art. 1437.º do Cód. Civil francês prevê, num preceito geral, as compensações devidas à comunhão, segundo o qual, sempre que seja retirada da comunhão uma soma, seja para o pagamento de dívidas ou encargos pessoais de um cônjuge, tais como o preço ou parte do preço de um bem próprio ou os encargos prediais, seja para a recuperação, conservação ou melhoramento de bens próprios e, em geral, sempre que um dos cônjuges tire um proveito pessoal de bens comuns, haverá compensação.

De forma paralela ao princípio das compensações devidas pela comunhão, haverá compensações devidas à comunhão quando um cônjuge utilize fundos ou valores

¹³⁸² A jurisprudência francesa entende também que não basta a mera absorção de valores próprios, sendo necessário demonstrar que tais valores se destinaram a despesas comuns, ou seja, que houve proveito da comunhão, ainda que tenda a não ser demasiado rigorosa nessa apreciação (v., *Recueil Dalloz*, ano 179.º, n.º 6, 2003, p. 398, Bernard Beignier, “Preuve de la récompense due par la communauté: retour au droit et à l’équité”, *Recueil Dalloz*, ano 179.º, n.º 9, 2003, pp. 575 e 576, e Vincent Brémond, “Preuve de l’emploi des fonds propres donnant droit à récompense”, *Recueil Dalloz*, ano 179.º, n.º 28, 2003, pp. 1866 e 1867).

comuns para servir o seu património próprio e daí tenha resultado um benefício para esse património próprio. Também aqui os elementos que fundamentam a compensação devida à comunhão são idênticos (ainda que inversos): uma soma retirada da comunhão com vista ao proveito de um património próprio.

Na prática, as causas das compensações devidas à comunhão são muito mais numerosas, dado que, na maioria dos casos, os fundos que os cônjuges detêm, a começar pelos rendimentos recebidos, são comuns e todas as operações relativas ao desenvolvimento do património próprio têm fortes hipóteses de ser financiadas por valores ou fundos comuns.

Não podemos, como é evidente, apresentar todas as situações que originem uma compensação¹³⁸³. Será de referir, para o nosso estudo, a compensação no caso de pagamento de dívidas. Assim, será devida compensação quando a comunhão tenha pago dívidas próprias de um dos cônjuges, dívidas que apenas deverão ser suportadas pelo património próprio do cônjuge que contraiu a dívida (a comunhão não terá de as

¹³⁸³ Desde logo, são devidas compensações à comunhão quando esta suporte despesas relativas a bens próprios, nos termos do art. 1437.º do Cód. Civil francês. Trata-se aí, por um lado, de benfeitorias realizadas em bens próprios e, por outro lado, da aquisição de um bem próprio com a ajuda de dinheiros ou fundos comuns. Os arts. 1404.º, 2.º, 1406.º, 1.º, 1407.º, 1.º, e 1408.º, todos do Cód. Civil francês, são ilustrações daquela regra.

Assim, será devida compensação à comunhão quando, mediante fundos comuns, se procedeu à aquisição de instrumentos de trabalho utilizados na profissão de um cônjuge (e considerados próprios, nos termos do art. 1404.º do Cód. Civil francês); quando a comunhão tenha financiado a aquisição de bens a título de acessórios de bens próprios, considerados eles mesmos como próprios (art. 1406.º do Cód. Civil francês); quando tenha suportado a torna devida no caso de troca de um bem próprio por outro bem, também este próprio (art. 1407.º do Cód. Civil francês); quando tenha contribuído para a aquisição de partes indivisas de um bem em que o cônjuge é comproprietário na sua origem (art. 1408.º do Cód. Civil francês). O mesmo acontecerá quando o preço e as despesas de aquisição excedem a soma pela qual se efectuou a sub-rogação de um bem: a comunhão terá direito à compensação pelo excedente (art. 1436.º do Cód. Civil francês).

Também será devida compensação à comunhão no caso de doações feitas à custa de bens comuns. No caso de doação a um terceiro (apesar de aqui não haver proveito de um património próprio à custa do comum, o levantamento sobre a comunhão parece ser suficiente para fundar o direito à compensação), sempre que o cônjuge, ao fazer ele só a doação (só possível quando o outro cônjuge o consentir – cfr. o art. 1422.º do Cód. Civil francês), utilize bens comuns, deverá compensar a comunhão. A dívida é, do ponto de vista da contribuição, própria do doador (art. 1437.º do Cód. Civil francês). Sempre que os dois cônjuges se apresentem como co-doadores, deverá repartir-se entre eles o peso da compensação. No caso de doação entre cônjuges, sempre que um dos cônjuges faça uma doação de bens comuns ao outro – proibida no nosso art. 1764.º, n.º 1 – pretendendo doar a totalidade do bem, e não apenas a sua meação, a compensação será devida à comunhão por todo o bem (art. 1480.º do Cód. Civil francês). Se os dois cônjuges fizeram uma liberalidade conjuntamente, mas em seu proveito, cada um deles deverá uma compensação, até à quantia de metade, salvo indicação em contrário, sobre a sua parte respectiva. Estas regras têm limites, ou seja, sempre que os cônjuges, conjuntamente, façam uma doação a um filho comum, à custa de bens comuns, o encargo incide definitivamente sobre a comunhão (cfr. os arts. 1438.º e 1439.º, 1.º, do Cód. Civil francês). A situação será diferente se apenas um dos cônjuges se apresenta como o doador de mais da meação ou de todo o bem (art. 1439.º, 2.º, do Cód. Civil francês), pois aí, fazendo a doação a título pessoal, deverá compensar nessa medida.

Os frutos percebidos e não consumidos de bens próprios ingressam na comunhão, nos termos do art. 1403.º do Cód. Civil francês. A comunhão poderá ainda ter direito a compensação, no momento da dissolução, pelos frutos que o cônjuge deixou de perceber negligentemente ou que consumiu fraudulentamente, dentro de um limite de 5 anos.

suportar, nem a título definitivo nem a título provisório e os bens comuns só respondem por ela nos termos do art. 1411.º, 2.º, do Cód. Civil francês). Com efeito, será devida compensação à comunhão, nos termos do art. 1412.º do Cód. Civil francês, quando o património comum pagou uma dívida pessoal de um dos cônjuges, nomeadamente, as dívidas previstas no art. 1410.º do mesmo código, ou seja, dívidas anteriores ao casamento ou dívidas que onerem heranças ou liberalidades obtidas durante o casamento, em virtude do disposto no art. 1411.º do Cód. Civil francês¹³⁸⁴.

Por outro lado, há dívidas que a comunhão suporta a título provisório, isto é, os bens comuns podem responder por elas mas mediante uma compensação. É o que resulta do princípio do art. 1413.º do Cód. Civil francês: o pagamento das dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges (fora dos casos previstos nos arts. 1410.º a 1412.º do Cód. Civil francês), durante a vigência da comunhão, pode ser efectuado por recurso aos bens comuns, salvo se houver fraude do cônjuge devedor ou má fé do credor, e mediante compensação à comunhão, quando tal ocorra (ou seja, quando a comunhão não suporte definitivamente tal dívida). Os arts. 1416.º e 1417.º do Cód. Civil francês concretizam tal princípio, determinando os casos em que há lugar a compensações devidas à comunhão pelo pagamento de dívidas, ou seja, as situações em que o património comum apenas responderá por tais dívidas a título provisório, sendo certo que, em todos os outros casos, a dívida que recai sobre a comunhão permanece a seu cargo a título definitivo.

A primeira situação em que haverá compensação à comunhão pelo pagamento de dívidas consta do art. 1416.º do Cód. Civil francês: quando haja o pagamento de dívidas, pela comunhão, contraídas no interesse pessoal de um dos cônjuges, tais como as contraídas para a aquisição, conservação ou melhoramento de um bem próprio. De um modo geral, toda a despesa realizada em proveito de um só dos cônjuges faz surgir uma compensação¹³⁸⁵.

Outra situação causa de compensação pelo pagamento de dívidas decorre do art. 1417.º, 1.º, do Cód. Civil francês, ou seja, a comunhão tem direito a uma compensação, feita a dedução, se for o caso, do proveito por ela obtido, quando tenha pago multas em

¹³⁸⁴ De notar que o direito à compensação reconhecido à comunhão pelo pagamento de uma dívida própria não assenta na ideia de um enriquecimento injustificado, mas na de um empréstimo feito pela comunhão a um dos cônjuges – Planiol/Ripert, *Traité pratique de Droit Civil français...*, cit., pp. 524 e 525.

¹³⁸⁵ Deve entender-se que haverá, do mesmo modo, lugar a uma compensação se a comunhão voluntariamente assumiu uma despesa face à qual não tinha obrigação de responder. Neste sentido, G. Cornu, *Les régimes matrimoniaux...*, cit., p. 327.

que um dos cônjuges incorreu em virtude de infracções penais ou reparações e indemnizações nas quais foi condenado por delitos ou quase-delitos civis¹³⁸⁶.

Finalmente, a comunhão terá também direito a compensação se a dívida que pagou foi contraída por um dos cônjuges em violação dos deveres que o casamento lhe impõe (p. ex., a dívida de alimentos que um cônjuge incorre para com um filho adulterino)¹³⁸⁷.

O direito à compensação a favor da comunhão funda-se em dois elementos previstos no art. 1437.º do Cód. Civil francês: a utilização de dinheiros ou valores comuns e o proveito daí retirado por um dos cônjuges para o seu património próprio, o enriquecimento deste património¹³⁸⁸.

Nos termos do art. 1468.º do Cód. Civil francês, estabelece-se, relativamente a cada cônjuge, uma conta das compensações que a comunhão lhe deve e das compensações que ele deve à comunhão. Na conta de cada cônjuge devem inscrever-se as diferentes causas da compensação a cargo ou em proveito da comunhão. São as causas das compensações que originam os artigos de cada conta. Por outro lado, essas compensações devem ser contabilizadas em valores monetários de modo a determinar o montante do crédito ou do débito da compensação, o que implicará a avaliação das mesmas.

Quanto à forma legal de avaliação das compensações, esta é estabelecida no art. 1469.º do Cód. Civil francês que, no seu § 1.º, dispõe que a compensação será, em geral, igual à mais fraca das duas somas representadas pela despesa feita e pelo lucro subsistente. Este artigo, resultante da Lei n.º 65-570, de 13 de Julho de 1965, e alterado pela Lei n.º 85-1372, de 23 de Dezembro de 1985, constituiu uma inovação em relação à antiga forma jurisprudencial de avaliação das compensações que, em geral, correspondia à aplicação da teoria do enriquecimento sem causa, levando à comparação do empobrecimento de uma massa de bens e o enriquecimento de outra para apurar o

¹³⁸⁶ Repare-se que solução idêntica decorre dos arts. 1692.º, al. b), 1696.º, n.º 1, e 1697.º, n.º 2, do nosso Cód. Civil. Aliás, também os arts. 1424.º e 1426.º do Cód. Civil francês antigo consideravam as dívidas decorrentes de multas ou reparações civis como próprias da mulher, não respondendo pelas mesmas os bens do marido ou os bens comuns. Por sua vez, tais dívidas do marido podiam responsabilizar os bens comuns mas mediante compensação (v., A. Colomer, “Communauté conjugale”, *JCP* 1956.II.9579).

¹³⁸⁷ Aubry/Rau, *ob. cit.*, p. 343, referem que, por analogia, a comunhão terá direito a compensação se os bens comuns pagarem uma dívida contraída por um dos cônjuges de forma fraudulenta.

¹³⁸⁸ O cônjuge requerente (dada a ausência de personalidade jurídica da comunhão), pelo menos quando haja oposição, terá de provar estes dois elementos, sendo admissíveis todos os meios de prova (por analogia com o disposto no art. 1433.º, 3.º, do Cód. Civil francês). Todavia, quanto à prova da natureza comum dos bens ou valores utilizados, convém referir a presunção de comunicabilidade, prevista no art. 1402.º, 1.º, do código citado (são considerados comuns todos os bens adquiridos no decurso da comunhão). Não haverá, assim, que provar a origem dos valores utilizados por um dos cônjuges nos seus bens próprios. Pelo contrário, caberá ao cônjuge requerido fazer a prova da utilização de fundos próprios para não pagar a compensação à comunhão.

montante mais fraco como avaliação da compensação devida. Na verdade, o sistema, aparentemente, reconduzia-se à regra prevista hoje no art. 1469.º, 1.º, do Cód. Civil francês¹³⁸⁹. Retomando, mas generalizando-a, a solução que antes da Reforma de 1965 apenas valia para as benfeitorias úteis, o art. 1469.º, 1.º, do Cód. Civil francês, impôs o princípio enunciado. Porém, o princípio previsto nesse § 1.º sofre duas exceções, cuja aplicação vem cobrir vários casos de compensações.

A primeira exceção, prevista no § 2.º do artigo citado, respeita às despesas necessárias, caso em que o valor da compensação não pode ser inferior à despesa feita.

O segundo desvio, ao qual se refere o § 3.º, estabelece que a compensação não pode ser inferior ao lucro subsistente, quando o valor absorvido serviu para adquirir, conservar ou melhorar um bem que se encontra, no momento da liquidação da comunhão, no património que o absorveu. Porém, se o bem adquirido, conservado ou melhorado foi alienado antes da liquidação, o lucro será avaliado no dia da alienação; se um novo bem foi sub-rogado ao bem alienado, o lucro será avaliado sobre este novo bem. Tal método foi elaborado com vista a permitir uma revalorização significativa e equitativa das compensações, tendo em conta a depreciação monetária que caracteriza a economia moderna. De facto, a avaliação das compensações é feita no momento da liquidação da comunhão e, muito provavelmente, a um período de tempo mais ou menos longo do momento que deu origem à compensação. Referindo-se ao lucro subsistente obtido pelo património devedor da compensação, calculado na altura da liquidação, é provável que se apresente como um valor superior à despesa feita.

Fundamentalmente, a técnica das compensações visa restaurar um equilíbrio de valores entre as diferentes massas de bens. Seria contraditório, face a tal objectivo, limitar-se à aplicação do mecanismo do enriquecimento sem causa.

O princípio enunciado no § 1.º do art. 1469.º do Cód. Civil francês (princípio do “*double maximum*”) exige que se apure a noção de despesa feita e de lucro subsistente com vista a determinar o mais fraco dos dois valores como o montante da compensação, já que se o lucro subsistente se apresentar como inferior face à despesa feita, a compensação não deverá empobrecer o devedor, bem como se a despesa feita for inferior ao lucro, a compensação não pode enriquecer o credor¹³⁹⁰.

¹³⁸⁹ V., Planiol/Ripert, *Traité pratique de Droit Civil français...*, cit., pp. 353 e segs. e p. 510, e Denecker, *ob. cit.*, pp. 1-9 e pp. 75 e segs.

¹³⁹⁰ Quanto à análise do art. 1469.º do Cód. Civil francês, quer do princípio aí enunciado quer das suas exceções, e, em geral, quanto ao método de cálculo das compensações no direito francês, seguimos de perto os autores franceses e, em especial, Savatier, *La communauté conjugale...*, cit., pp. 203-228, Aubry/Rau, *ob. cit.*, pp. 442 e segs., Rieg/Lotz, *ob. cit.*, pp. 440-460, Marty/Raynaud,

Quanto à despesa feita, importa reter que o empobrecimento de um património não resulta necessariamente de uma despesa no sentido restrito do termo, ou seja, da utilização de uma soma em dinheiro, já que a despesa pode resultar da utilização de bens de um património, em espécie, em proveito de outra massa de bens. Trata-se, assim, do valor retirado de uma massa de bens para outra, ou seja, o montante de fundos ou bens próprios de um cônjuge utilizados em proveito da comunhão ou, inversamente, a soma de valores comuns que serviram o património próprio de um cônjuge. É a medida do empobrecimento de um património em benefício de outro. A afectação do valor retirado de um património em proveito de outro é, naturalmente, diversa: aquisição, conservação ou melhoramento de bens; pagamento de dívidas; utilização de materiais próprios em proveito de um bem comum...

O cálculo da despesa feita, do montante do empobrecimento, deve reportar-se ao facto gerador dessa despesa, ou seja, ao dia em que a despesa ocorreu, à data da operação que causou a compensação.

Por seu lado, o lucro subsistente corresponde ao enriquecimento obtido no património que reteve os valores. Designa a mais valia que resulta do valor absorvido, investido no património que o reteve. A sua apreciação far-se-á de forma diversa de acordo com o objecto da operação que causou a compensação (aquisição, conservação ou melhoramento de um bem).

Como refere o art. 1469.º, 3.º, do Cód. Civil francês, o lucro subsistente será avaliado no dia da liquidação, o momento mais próximo possível da partilha. Tal princípio, já anteriormente admitido pela jurisprudência, foi consagrado pela Reforma de 1985, na nova redacção que deu ao § 3.º do art. 1469.º. Rejeita-se, assim, a regra da avaliação do lucro ao dia do facto gerador, afastando-se, do mesmo modo, da teoria do enriquecimento sem causa¹³⁹¹.

ob. cit., pp. 280 e segs., F. Terré/Ph. Simler, *ob. cit.*, pp. 477 e segs., G. Cornu, *Les régimes matrimoniaux...*, *cit.*, pp. 475 e segs., M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 232 e segs., A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, pp. 459 e segs., e Rémy Cabrillac, *ob. cit.*, pp. 234-244.

¹³⁹¹ A doutrina discutia, antes da Reforma de 1985, a questão de saber qual o momento a que se deveria reportar o cálculo do lucro subsistente. Afastando o dia do facto gerador da compensação, duas datas poderiam ser tomadas em consideração para a aferição do lucro subsistente: o dia da dissolução do regime ou o dia da liquidação (Colette Saujot, "Le fondement des récompenses", *RTDC*, ano 68.º, 1970, p. 702, Aubry/Rau, *ob. cit.*, pp. 446 e segs. e nota 65, e A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, pp. 462 e 466, que admite também a avaliação reportada ao momento da partilha).

Havia razões textuais para reter a data da dissolução do regime. Por um lado, o § 3.º do art. 1469.º fazia referência à aquisição, conservação ou melhoramento de um bem que se encontra, *no dia da dissolução da comunhão*, no património que absorveu valores de um outro. Por outro lado, o art. 1473.º reportava a contagem dos juros a esse mesmo momento. A jurisprudência rejeitou estes argumentos. Com efeito, os artigos referidos não respeitam ao cálculo da compensação. A *Cour de Cassation* [Civ. 1.ª, de 16 de Julho de 1969 (*JCP* 1970.II.16158, obs. Patarin)] fixou a data de avaliação do lucro subsistente reportando-a ao dia da liquidação, o

Como vimos, os §§ 2.º e 3.º do mesmo artigo apresentam exceções àquela regra. De referir, desde já, a possibilidade de o funcionamento dessas exceções poder ser combinado entre si e com a regra do § 1.º, ou seja, e no caso de aquisição, conservação ou melhoramento de um bem, a compensação não poderá ser inferior ao lucro subsistente (§ 3.º), mas se a compensação determinada for inferior à despesa realizada, e de valor igual a tal lucro, será pelo § 1.º que ele será retido como determinativo do valor da compensação. Por outro lado, é a despesa feita que é retida sempre que estejam em causa despesas necessárias (§ 2.º), a não ser que o § 3.º entre em jogo (muitas despesas necessárias serão despesas com a conservação e até melhoramento do bem). Nesse caso, como resulta da combinação dos §§ 2.º e 3.º, da despesa feita ou lucro subsistente, será o valor superior que determinará a compensação. De uma forma geral, sempre que o valor retirado de um património serviu para a conservação de um bem, a compensação será igual à mais elevada das duas somas representativas da despesa feita e do lucro subsistente.

A compensação não pode ser inferior à despesa feita se esta for necessária (art. 1469.º, 2.º, do Cód. Civil francês). Não importa, neste caso, que o lucro visado tenha depois diminuído ou até desaparecido, por acidente ou qualquer outra circunstância, pois a compensação será igual ao montante das somas que foram utilizadas. Este § 2.º reproduz a teoria que já valia em matéria de benfeitorias úteis¹³⁹².

Dado que tende a corrigir os danos decorrentes da depreciação monetária, a disposição do art. 1469.º, 3.º, do Cód. Civil francês, surge como uma das mais importantes inovações da Reforma de 1965. Aí o legislador, afastando a regra do § 1.º,

que beneficia o património credor, uma vez que pode ter decorrido algum tempo entre o fim da comunhão e a partilha (afastando-se a técnica das compensações do instituto do enriquecimento sem causa).

¹³⁹² Terá de apreciar-se no caso concreto a qualificação da despesa como necessária ou não, sendo, por vezes, difícil distinguir as despesas propriamente necessárias e aquelas que permitem realizar um melhoramento no bem (dando estas últimas lugar à aplicação do art. 1469.º, 3.º, para a avaliação da compensação). M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, p. 235, apresenta a este propósito, o seguinte exemplo: uma casa de morada da família, adquirida durante o casamento, foi fortemente danificada em virtude de uma tempestade, necessitando urgentemente da reparação do tecto, portas e janelas. O custo dos trabalhos ficou por 400.000F, pagos pelo dinheiro que um dos cônjuges recebeu a título sucessório de seus pais. No dia da liquidação da comunhão, o imóvel foi avaliado em 1.600.000F, sendo certo que, se os trabalhos de reparação não se tivessem efectuado, apenas valeria 1.300.000F. O cônjuge que pagou a despesa com valores próprios (art. 1405.º do Cód. Civil francês) tem direito a uma compensação. A despesa feita foi no valor de 400.000F. O lucro subsistente para a comunhão deverá avaliar-se comparando o valor do imóvel no momento da liquidação e o valor que teria se os trabalhos de reparação não se tivessem realizado, ou seja, 300.000F (1.600.000F – 1.300.000F). O lucro subsistente (300.000F) é inferior à despesa feita (400.000F). Porém, atendendo ao carácter necessário de tais trabalhos, relevantes para conservar o imóvel num estado satisfatório, a compensação devida pela comunhão não pode ser inferior a 400.000F.

Esta excepção à regra geral do art. 1469.º, 1.º, do Cód. Civil francês, permite um resultado mais justo e justifica uma apreciação ampla da noção de despesas necessárias.

faz prevalecer o lucro subsistente, mesmo que seja nominalmente superior à despesa feita. Sempre que a soma retirada de um património serviu para a aquisição, conservação ou melhoramento de um bem que integra outra massa patrimonial, a compensação não pode ser inferior ao lucro subsistente. O objectivo de tal norma é, como referimos, atenuar os danos da depreciação monetária. A compensação constitui aí uma dívida de valor, isto é, uma obrigação cujo objecto é um valor incluído num bem e cujo montante será determinado apenas no dia do seu apuramento (no momento da liquidação da comunhão). Sendo avaliado no dia da liquidação do regime, o lucro subsistente aparecerá, na maioria dos casos, com um valor superior à despesa inicialmente feita.

Na análise do art. 1469.º, 3.º, do Cód. Civil francês, há que diferenciar consoante o bem adquirido, conservado ou melhorado, que origina a compensação, se encontra no património enriquecido, tenha sido alienado ou que um outro bem tenha sido subrogado em consequência dessa alienação.

Se o bem se encontrar no património enriquecido no momento da liquidação, há que distinguir três hipóteses: o bem foi adquirido, conservado ou melhorado.

Quando o valor retirado de uma massa de bens serviu a aquisição de um bem que integra outro património, a compensação não pode ser inferior ao lucro subsistente avaliado, por relação ao bem adquirido, no dia da liquidação da comunhão¹³⁹³.

Se o valor retirado pagou, na totalidade, o custo de aquisição de um bem, que ingressou em outro património, incluindo o preço da compra do bem e todas as despesas ou encargos inerentes a tal operação, o lucro subsistente para o património enriquecido é avaliado por referência ao bem em causa no dia da liquidação, mas tal como foi adquirido, ou seja, deverá deduzir-se a tal valor do bem no momento da liquidação a mais valia resultante dos melhoramentos feitos posteriormente que poderão, também eles, ser causa de uma outra compensação, de acordo com a origem do seu financiamento (e o mesmo se dirá se o bem foi também objecto, após a aquisição, de despesas de conservação).

¹³⁹³ Cabem, assim, no § 3.º do art. 1469.º do Cód. Civil francês, quanto à aquisição de um bem, p. ex., os casos em que a comunhão financiou a compra de um bem próprio (cfr. o art. 1404.º do Cód. Civil francês), ou de um bem acessório de um próprio pré-existente (art. 1406.º do Cód. Civil francês), ou o pagamento da torna no caso de troca de bem próprio (art. 1407.º do Cód. Civil francês), ou completou o preço no caso de sub-rogação real de um bem (art. 1434.º do Cód. Civil francês)... e também os casos em que, por não observância das formalidades previstas no art. 1434.º do Cód. Civil francês, o bem ingressa na comunhão (podendo o cônjuge empobrecido exigir uma compensação igual ao lucro subsistente se o bem ainda existir na massa comum à data da liquidação da comunhão).

Se o valor retirado do património empobrecido serviu para financiar parcialmente o custo da aquisição, atender-se-á à proporção pela qual esse património interveio para avaliar o lucro subsistente, de acordo com o valor do bem adquirido no momento da liquidação e no seu estado ao momento da aquisição. Para determinar esta proporção convém relacionar o valor retirado de um património com o custo global da aquisição (incluindo os encargos e despesas de aquisição).

Esse método de cálculo proporcional é geralmente aceite¹³⁹⁴ nos casos em que se verifica um financiamento parcial de um património em benefício de outro (sub-rogação real, troca implicando tornas e despesas, aquisição de partes indivisas por um cônjuge comproprietário...).

Normalmente, por aplicação do art. 1469.º, 3.º, do Cód. Civil francês, quanto à aquisição de bens, o lucro subsistente aparece com valor superior à despesa feita, fazendo com que se atenda a esse lucro como o montante da compensação. Tal corresponde, aliás, ao objectivo da excepção que aí se faz ao § 1.º do mesmo artigo. Porém, poderá constatar-se que o lucro subsistente é, no final, inferior à despesa feita. A evolução dos valores dos bens depende de múltiplos factores que podem explicar uma baixa significativa de um período para o outro (situação geográfica dos bens, no meio rural ou no meio urbano; mutação económica do ambiente...). Nesses casos, o montante da compensação será igual ao lucro subsistente, de acordo com as disposições combinadas dos §§ 1.º e 3.º do art. 1469.º.

Como na hipótese vista relativa à aquisição, a compensação também não pode ser inferior ao lucro subsistente quando o valor retirado de um património para outro serviu para a conservação de um bem.

A noção de despesa de conservação reporta-se às despesas levadas a cabo para assegurar a manutenção dos bens, de acordo com a sua natureza e destino, permitindo uma utilização normal e satisfatória. Trata-se de reparações, reconstruções, restaurações... que se revelam necessárias a determinada altura, devido à utilização dos bens ou a circunstâncias acidentais que requerem trabalhos de conservação dos mesmos. Ou seja, as despesas de conservação são equiparáveis às despesas necessárias, tal como

¹³⁹⁴ Cfr. Civ. 1.º, de 13 de Novembro de 1980 (*JCP* 1981.II.19608, note Pierre-François; *Defrénois* 1981, art. 32608, p. 461, obs. Champenois), e Civ. 1.º, de 11 de Outubro de 1989 (*Bull. Civ. I*, n.º 312; *Defrénois*, 1990, p. 877, obs. Champenois), citados no *Code Civil*, 100.ª ed., Dalloz, 2001, p. 1193.

F. Terré/Ph. Simler, *ob. cit.*, p. 486, apresentam a seguinte fórmula: lucro subsistente (P.S.) = [valor actual (V.A.) x valor emprestado (V.E.)] / custo da aquisição (C.G.). Se a comunhão contribuiu com 5 para um dado bem, cujo preço de aquisição foi de 15 e o seu valor actual é de 30, a compensação será de 5/15 desse valor, ou seja, 10.

são visadas no art. 1469.º, 2.º, do Cód. Civil francês. A consequência é a de que se deverá aplicar cumulativamente os §§ 2.º e 3.º do art. 1469.º, de modo a que a compensação seja marcada por um duplo mínimo: não será inferior às despesas feitas e não pode ser também inferior ao lucro subsistente. Assim, quanto às compensações devidas por despesas de conservação dos bens, haverá que reter, das duas somas representadas pela despesa feita e pelo lucro subsistente, a de valor mais elevado.

O problema que pode colocar-se quanto às despesas de conservação liga-se ao método de cálculo do lucro subsistente¹³⁹⁵.

Finalmente, e do mesmo modo, quando o valor retirado de um património para outro serviu para o melhoramento de um bem, a compensação não pode ser inferior ao lucro subsistente para o património enriquecido.

Comparativamente à conservação, o melhoramento supõe um contributo novo que enriquece o bem, que o desenvolve e valoriza. A execução do art. 1469.º, 3.º, do Cód. Civil francês, revelou-se particularmente delicada quanto à avaliação do lucro subsistente. Tal método de avaliação acabou por ser fixado pela jurisprudência. De uma maneira geral, determina-se por comparação, no momento da liquidação, do valor do bem integrado pelos melhoramentos efectuados e o valor do mesmo sem tais melhoramentos. É a medida do lucro subsistente que se apresenta como a vantagem realmente alcançada pelo património enriquecido, no momento da liquidação e apuramento da compensação. Alguns autores¹³⁹⁶ utilizavam o método usado em casos de aquisição (aplicando ao valor final do bem (V') a percentagem que as somas utilizadas representavam (D) no valor dos bens no momento dos trabalhos de melhoramento (V)). Tal técnica (da “despesa reavaliada”) foi afastada por outros

¹³⁹⁵ V., A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., p. 469. Alguns autores utilizam a seguinte equação: $P.S. = (D \times V') / V$ (P.S.= lucro subsistente; D = despesas; V' = valor do bem no dia da liquidação; V = valor do bem antes dos trabalhos de conservação). A. Colomer (obra e página citadas, nota 106) apresenta o seguinte exemplo: despesas de reparação (D) = 10.000F realizadas num imóvel próprio que valia, antes dos trabalhos de conservação, 20.000F (V), e no dia da liquidação 25.000F (V'). O lucro subsistente será igual a 12.500F [(10.000 x 25.000) / 20.000]. A compensação será de 12.500F porque o lucro subsistente é superior à despesa feita.

Outros autores entendem que se deverá, no dia da liquidação da comunhão, proceder à avaliação do bem no estado em que ele se encontra nesse momento, atendendo, portanto, às despesas de conservação realizadas, e depois aferir o valor que o bem teria, no mesmo momento, se as despesas não se tivessem realizado, considerando, assim, o seu estado antes da execução dos trabalhos, representando a diferença o lucro subsistente. Recorrendo ao exemplo anterior, o valor do bem no dia da liquidação sem a realização dos trabalhos de conservação seria de 12.000F; o seu valor, nesse momento, atendendo às despesas realizadas seria de 25.000F. O lucro subsistente será, assim, igual a 13.000F (25.000 – 12.000). Tal será também o montante da compensação já que o lucro é superior à despesa feita. V., F. Terré/Ph. Simler, *ob. cit.*, pp. 486 e 487, e M. Grimaldi, *et alii, ob. cit.*, pp. 241 e 242.

¹³⁹⁶ V., Savatier, *La communauté conjugale...*, cit., p. 215. F. Terré/Ph. Simler, *ob. cit.*, p. 486, referem tal técnica como uma das possíveis.

autores e pela *Cour de Cassation*, uma vez que implicava uma reavaliação da despesa feita e não o apuramento do lucro subsistente. A propósito de uma construção ou plantação realizada em terreno próprio e financiada pela comunhão, a *Cour de Cassation* estabeleceu que importa deduzir do valor actual do imóvel, construção ou plantação incluída, o valor do terreno ao tempo da liquidação. Será esta diferença que determina o montante da compensação¹³⁹⁷. Na hipótese em que os trabalhos de melhoramento apenas foram financiados em parte pela massa empobrecida, a compensação a esta devida será limitada a uma fracção da mais valia obtida.

Outra situação a considerar na análise do § 3.º do art. 1469.º do Cód. Civil francês, é a de o bem adquirido, conservado ou melhorado ter sido alienado antes da liquidação. Duas situações são configuráveis: a alienação do bem foi seguida ou não de sub-rogação real.

Quando o bem que origina a compensação foi alienado antes da liquidação, sem que outro bem tenha ocupado o seu lugar (sem que o mecanismo da sub-rogação real funcionasse), a avaliação do lucro subsistente efectua-se nos termos anteriormente vistos, mas reportando-se ao dia da alienação, ou seja, será avaliado de acordo com o valor de alienação do bem. A substituição da data de avaliação é facilmente explicada se atendermos ao facto de que o aumento de valor que o bem conhecerá depois da alienação beneficiará o terceiro adquirente e, de modo algum, o património devedor da compensação (tal como a diminuição do valor do bem depois da alienação não o prejudica).

Em caso de alienação a título oneroso, o valor da alienação a reter para avaliação do lucro subsistente será o do preço efectivamente recebido, mesmo que tal não corresponda ao valor real do bem (como acontecerá no caso de fraude ou dissimulação de uma parte do preço do bem). É o preço realmente pago que permite aferir a vantagem procurada e obtida pelo património devedor da compensação.

¹³⁹⁷ Civ. 1.ª, de 6 de Novembro de 1984 (*Bull. Civ. I*, n.º 293), citado por M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, p. 242, Civ. 1.ª, de 6 de Junho de 1990 (*JCP* 91.II.21652, obs. Pillebout), Civ. 1.ª, de 9 de Outubro de 1990 (*JCP* 91.II.21652, obs. Pillebout). V. também, Civ. 1.ª, de 13 de Junho de 1993 (*JCP* 1994.I.3733, n.º 21, obs. Tisserand), e exemplos apresentados por M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 242 e 243. Este autor chama a atenção para o facto de, seguindo o método fixado pela jurisprudência, sob reserva de convenção em contrário previamente determinada pelos cônjuges, a apreciação do valor da sua propriedade poder ser delicada, dado que poderá não existir. Por outro lado, se o melhoramento que dá origem à compensação resulta do acréscimo de bens novos, acessórios de um bem preexistente, a avaliação do lucro subsistente pode também ser problemática, dado haver uma aquisição e um melhoramento. A solução será a de deduzir ao valor global do bem o valor dos bens acessórios, no momento da liquidação.

Se o valor do bem global, no momento da liquidação, for de 25.000F; se se tiver realizado trabalhos de melhoramento no valor de 10.000F; se o valor do terreno, no dia da liquidação, for de 15.000F, a compensação será igual a 10.000F (25.000 – 15.000).

No caso de alienação a título gratuito será necessário procurar o valor do bem no dia dessa alienação.

Se a alienação do bem adquirido, conservado ou melhorado, que dá origem à compensação, foi seguida da aquisição de um novo bem, que substitui o bem alienado no património enriquecido, o lucro subsistente será novamente calculado no dia da liquidação da comunhão, fazendo-se a sua avaliação por referência ao bem sub-rogado ao primeiro (art. 1469.º, 3.º, *in fine*). Assim sucederá sempre que ocorra o mecanismo da sub-rogação real directamente, no caso de troca, ou indirectamente, por cumprimento das formalidades do art. 1434.º do Cód. Civil francês¹³⁹⁸, e que a sub-rogação tenha efectivamente ocorrido, que o preço da alienação do bem que dá origem à compensação tenha sido investido na nova aquisição.

Nenhuma dificuldade se levanta se aquele preço cobriu na totalidade o custo da nova aquisição. O método de avaliação do lucro subsistente é o mesmo que analisámos na primeira situação em que o bem se encontrava no património enriquecido no dia da liquidação, salvo o facto de ser o valor do bem sub-rogado que deverá ser considerado no momento da liquidação. O problema levanta-se quando se constata uma diferença de valor entre o preço da alienação investido e o custo global da nova aquisição. Será, nesse caso, necessário aferir a proporção em que o património empobrecido interveio para esta nova aquisição, podendo, eventualmente, ao lucro subsistente alcançado pelo valor da alienação juntar-se um outro valor retirado ao património empobrecido. A soma das participações fixará a proporção a aplicar sobre o valor do bem sub-rogado, com vista a determinar o lucro subsistente.

Por outro lado, pode também assistir-se a sub-rogações sucessivas, ou seja, um bem é adquirido em substituição de um outro que deu origem a uma compensação e que, por sua vez, foi também substituído por um outro bem. A avaliação do lucro subsistente será sempre feita por referência ao bem sub-rogado, de acordo com o seu valor na altura da liquidação, mas tendo sempre em consideração a forma como a sub-rogação se realizou, isto é, como cada nova aquisição foi financiada, por que património o foi.

Procurou-se, com o § 3.º do art. 1469.º do Cód. Civil francês, atenuar os danos da depreciação monetária. Porém, em certos casos, o desequilíbrio patrimonial que se pretendia corrigir poderá até ser agravado. Morin refere que há casos em que a situação

¹³⁹⁸ A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., p. 472, entre outros, coloca ainda a possibilidade de aplicação do art. 1469.º, 3.º, do Cód. Civil francês, no caso de sub-rogação de facto, na medida em que tal artigo não exige formalidade especial para comprovar a substituição.

é de tal forma inextricável que as partes se limitam a fixar a compensação pelo montante das somas retiradas ao património empobrecido ou a concordar, a partir de elementos de avaliação parcial, em avaliar acidentalmente o lucro subsistente¹³⁹⁹.

Por outro lado, há casos em que o valor da despesa feita e do lucro subsistente é igual (pelo menos, em termos nominais), dado estar em causa um valor monetário. Será o caso de um dos cônjuges fazer uma doação a um terceiro à custa de valores comuns (é o valor do bem no dia da doação que representa, simultaneamente, o empobrecimento da comunhão e o enriquecimento, indirecto, do património do cônjuge doador); ou o do pagamento de uma dívida própria com dinheiro comum (empobrecimento e lucro subsistente coincidem)¹⁴⁰⁰. Nestes casos, o funcionamento das regras analisadas é posto em causa.

Portanto, e dada a sua complexidade inerente, o sistema francês não resolve todos os problemas dos desequilíbrios patrimoniais verificados no decurso do regime de bens nem o da depreciação monetária e que se procuram corrigir.

Apurado o saldo final, nos termos vistos, a compensação poderá efectuar-se de diferentes formas, consoante o saldo da conta apareça a favor da comunhão ou a favor de um dos cônjuges¹⁴⁰¹.

¹³⁹⁹ Nota no *Defrénois*, 1987, n.º 10, p. 434, *apud* A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, p. 473.

¹⁴⁰⁰ A comparação imposta pelo art. 1469.º do Cód. Civil francês entre despesa e lucro subsistente supõe que este seja mensurável, ou seja, que o valor retirado de um património tenha contribuído para o desenvolvimento de um outro, sob a forma de aquisição de novos bens, conservação ou melhoramento dos bens já existentes. Porém, nem todas as despesas realizadas num património se relacionam com bens retirados a outro. É o que acontece com o pagamento de dívidas quando a comunhão tenha direito a uma compensação (cfr. os arts. 1412.º, 1413.º, 1416.º, e 1417.º do Cód. Civil francês). Não há, neste caso, um lucro subsistente, no sentido de um ganho material para o património que absorveu valores do outro, ou seja, haverá uma poupança realizada por este património que não pode, contudo, traduzir-se num lucro subsistente no momento da liquidação. A mesma observação pode fazer-se a propósito das compensações devidas em consequência da doação de bens comuns. Neste caso, a retirada de valores da comunhão, sejam bens ou dinheiro, poderá assimilar-se à despesa feita, mas não há, verdadeiramente, um lucro para o património do doador, caracterizando-se a doação pela ausência de contrapartida. Seria, porém, injusto considerar, naqueles casos, nulo o lucro subsistente, levando a que, pela comparação exigida no art. 1469.º do Cód. Civil francês, não haja lugar a compensação. Pelo contrário, parece necessário reter o montante da despesa feita por uma massa de bens em benefício de outra como o montante da compensação devido pelo património que retirou os valores de um outro.

¹⁴⁰¹ Problema que poderá colocar-se é o da eventual contagem de juros sobre o montante das compensações e o momento a partir do qual se procederá a tal contagem.

Tradicionalmente, antes da Reforma de 1985, o art. 1473.º do Cód. Civil francês regulava o problema dos juros, estipulando que as compensações devidas pela comunhão ou à comunhão contavam juros legais desde o momento da dissolução. Tal disposição, pela sua generalidade, não podia contemplar certas situações entretanto introduzidas pela Reforma de 1985. Referimo-nos, nomeadamente, à situação prevista no art. 1469.º, 3.º, do Cód. Civil francês, onde o montante da compensação se pauta pelo lucro subsistente que apenas é apurado no momento da liquidação do regime. Como poderá a compensação devida produzir juros se, no momento da dissolução, o seu montante não está ainda apurado? Por outro lado, tal regra poderia ser especialmente injusta pois, em virtude da taxa de juro legal fixada pela Lei de 11 de Julho de 1975 (que atendia, essencialmente, à depreciação monetária) e da eventual perduração da indivisão pós-comunhão, a soma a pagar, que acrescia a um capital também reavaliado, podia ser, por vezes,

Dentro de cada uma das contas de compensações, relativas a cada um dos cônjuges, apenas o saldo é exigível e deverá ser pago, ou seja, haverá entre as compensações devidas pela comunhão e as devidas à comunhão uma compensação nos termos gerais de direito. Se a comunhão for, relativamente a cada um dos cônjuges, credora e devedora de uma compensação, pode libertar-se do seu débito, ou parte dele, por meio de compensação com o débito do cônjuge credor¹⁴⁰². Se cada compensação desse lugar a uma liquidação e pagamento isolado, a liquidação e partilha seriam extremamente complexas. Por outro lado, na medida em que os créditos de compensação se compensam e anulam com os débitos compensatórios, o cônjuge credor não concorre, na hipótese de insuficiência dos bens comuns, com o outro cônjuge ou com os credores da comunhão.

O art. 1470.º do Cód. Civil francês determina que se a conta apresentar um saldo a favor da comunhão, o cônjuge deverá restituir o montante em causa à massa comum – *rapport* (§ 1.º); se apresentar um saldo a favor do cônjuge, este poderá escolher entre exigir o pagamento ou levantar bens comuns (*prélèvement*) até à cobertura do seu crédito compensatório (§ 2.º).

insuportável. Por tudo isso, a jurisprudência francesa decidia contar os juros apenas desde a avaliação do lucro subsistente, ou seja, desde o dia da liquidação. Tal jurisprudência encontrou consagração legal, pela Reforma de 1985, no actual art. 1473.º do Cód. Civil francês, que dispõe, no seu § 1.º, que as compensações devidas pela comunhão ou à comunhão contam juros legais desde o dia da dissolução. Porém, o seu § 2.º determina que sempre que a compensação seja igual ao lucro subsistente, os juros contam-se a partir do momento da liquidação.

A contagem dos juros desde a dissolução justifica-se por ser a partir dessa altura que as compensações são exigíveis. O atraso da liquidação em relação à dissolução não deve prejudicar a massa de bens credora da compensação. A excepção a tal princípio, quando a compensação é igual ao lucro subsistente, explica-se pelas razões já referidas e que se prendem com o facto de ser impossível calcular juros sobre um valor que não está ainda determinado e de, eventualmente, a contagem de juros, nesses casos, conduzir a resultados injustos que importa evitar. Em consequência, no estabelecimento das contas de compensação, só as compensações iguais à despesa feita darão lugar ao cálculo dos juros a partir da dissolução da comunhão, que acrescerão ao valor nominal retirado do património empobrecido.

Pode acontecer que, dentro de cada conta de compensações, haja umas que correspondam ao lucro subsistente e outras à despesa feita. Não parece correcto calcular os juros sobre o saldo das compensações obtido no final (parece ser isso que M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, p. 246, defende ao dizer que, nesses casos, os juros contam-se tendo por base o “saldo da segunda categoria”, referindo-se às despesas feitas. De igual modo, Planiol/Ripert, *Traité pratique de Droit Civil français...*, *cit.*, vol. XIX, p. 279, ainda que à luz do direito francês anterior, expressavam-se no sentido de que apenas o saldo final contava juros), dado que o ponto de partida para a contagem dos juros não é o mesmo para todas as compensações (F. Terré/Ph. Simler, *ob. cit.*, pp. 490 e segs.). Haverá que calcular os juros sobre cada compensação vista isoladamente, em função do regime que lhe é aplicável. Assim, o cálculo dos juros deverá preceder o apuramento do saldo final da conta de compensações.

¹⁴⁰² Falamos aqui de compensação como forma de extinção de obrigações prevista nos arts. 1289.º e segs. do Cód. Civil francês, os quais correspondem aos nossos arts. 847.º e segs. do Cód. Civil. Melhor será falar-se não de compensação entre créditos e débitos mas de balanço de uma conta com artigos a crédito e outros a débito (Savatier, *ob. cit.*, p. 220).

O saldo a favor da comunhão estabelece um crédito compensatório desta em relação ao cônjuge devedor. Por isso, o saldo das contas de compensação a seu favor apresenta-se no activo da comunhão, na altura da liquidação e partilha.

Tendo em consideração o art. 1476.º do Cód. Civil francês que determina a aplicação das regras da partilha sucessória à partilha da comunhão, a compensação poderá fazer-se pela meação do cônjuge devedor na partilha, recebendo uma meação menor que o seu cônjuge. Além disso, a compensação pode fazer-se pelo pagamento à massa comum das somas em dívida sempre que o débito do cônjuge enriquecido ultrapasse a sua parte na comunhão. Concretamente, a execução da restituição a que se refere o art. 1470.º, 1.º, do Cód. Civil francês, pode realizar-se por imputação na meação do cônjuge devedor ou por levantamento de bens comuns por parte do cônjuge do devedor.

A imputação de um débito de compensação a favor da comunhão consiste em considerar o saldo devido sobre a meação que cabe ao cônjuge devedor. Considerar-se-á como tendo recebido esse valor na sua meação, ficando com menos na partilha dos bens comuns disponíveis. Porém, se se constata, além desta imputação, que a dívida de compensação não está completamente extinta, excedendo, portanto, a dívida compensatória global a meação do cônjuge devedor na comunhão, deverá ser feito um pagamento por este excesso.

O levantamento, como modalidade menos utilizada de pagamento do saldo de compensação a favor da comunhão (aplicável nos termos do art. 830.º, por força da remissão prevista no art. 1476.º, ambos do Cód. Civil francês), e que surge essencialmente nas partilhas judiciais, consiste em permitir ao cônjuge do devedor da compensação a retirada directa de bens comuns, integrantes da massa a partilhar, do mesmo valor que o montante compensatório devido pelo outro cônjuge. Tal levantamento pode ser de dinheiro ou bens e supõe a existência de bens comuns de valor correspondente ao montante do saldo devido. Depois de exercido o levantamento, a massa comum subsistente será repartida de forma igualitária. Também aqui um pagamento efectivo não poderá ser evitado se o montante do saldo compensatório devido ultrapassar a meação do devedor na massa comum¹⁴⁰³.

¹⁴⁰³ Planiol/Ripert, *Traité pratique de Droit Civil français...*, cit., vol. VIII, p. 183, apresentava ainda outra forma de pagamento daquelas compensações à comunhão: proceder-se-ia à partilha como se nada fosse devido e o cônjuge devedor deveria considerar o seu débito pagando metade da dívida ao outro cônjuge. A tal operação denominava-se “*mi-denier*”, funcionando, sobretudo, quando a comunhão era pobre. V., Baudry-Lacantinerie/J. Le Courtois/F. Surville, *ob. cit.*, vol. XVII, tomo II, pp. 359-361.

Se a conta de compensações apresentar um saldo a favor de um dos cônjuges, este terá direito de escolha entre exigir um pagamento ou efectuar levantamentos prévios (*prélèvement*) sobre a massa comum¹⁴⁰⁴. São estas as duas hipóteses previstas no art. 1470.º, 2.º, do Cód. Civil francês. Mas, na prática, poderá fazer-se de uma outra forma, sendo a meação do cônjuge credor aumentada pelo crédito de compensação. Com efeito, a determinação e pagamento do saldo a favor de um dos cônjuges é normalmente anterior à partilha. Será o que subsiste na comunhão, depois dos pagamentos ou levantamentos efectuados, que será objecto da partilha (art. 1475.º, 1.º, do Cód. Civil francês). Todavia, tal pagamento poderá ser incorporado na partilha e é o que normalmente acontece. O método consiste em deduzir ao activo da comunhão o montante do saldo das compensações devidas por ela, surgindo, assim, um activo líquido. As compensações devidas são tratadas como passivo da comunhão. De seguida, acrescenta-se à meação do cônjuge credor da compensação na comunhão o montante do saldo que lhe é devido, aumentando com isso os seus direitos na partilha, ou seja, aumentando a sua meação. Tal prática facilita a partilha e, frequentemente, evita a divisão ou a venda anterior dos bens a partilhar, podendo resultar meações diferentes a receber por cada um dos cônjuges.

Quanto à exigência do pagamento, de acordo com o Direito das Obrigações geral, o seu exercício não apresenta dificuldades se existirem fundos disponíveis na massa comum. Na sua falta, haverá que converter certos bens, pela sua venda, para obter os meios daquele pagamento. Neste caso, a escolha dos bens pelo cônjuge credor da compensação não deverá ser inteiramente livre, devendo transpor-se a restrição prevista no art. 1471.º do Cód. Civil francês, para os levantamentos, na hipótese em que a realização de bens da comunhão se apresenta como necessária para responder à exigência de pagamento¹⁴⁰⁵.

Em vez do pagamento, o cônjuge credor poderá preferir exercer o seu direito de crédito sobre a comunhão pelo levantamento de bens, antes de se efectuar a partilha destes (cfr. o art. 1475.º, 1.º, do Cód. Civil francês). Consiste tal levantamento prévio

¹⁴⁰⁴ É o cônjuge credor que tem essa opção de escolha e, assim, não poderá o outro cônjuge impor-lhe, em alternativa da outra, uma das opções.

Por isso, o pagamento por *prélèvement* não se confunde com a dação em pagamento do Direito comum. Aqui o devedor propõe a entrega de uma determinada coisa como forma de pagamento, na impossibilidade de ser pago em dinheiro, ao passo que no *prélèvement* o credor exerce essa faculdade como um direito próprio, o que só é possível dado o facto de, além de credor, o cônjuge surgir como co-partilhante dos bens comuns. V., Raphaël Contin, "Les règlements en nature dans les partages matrimoniaux", *RTDC*, ano 75.º, 1977, pp. 446 e 447.

¹⁴⁰⁵ V., M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 248-252.

em retirar da massa comum bens suficientes para cobrir o seu crédito compensatório, em momento preliminar à partilha.

Nos termos do art. 1471.º, 1.º, do Cód. Civil francês, os levantamentos exercem-se em primeiro lugar sobre o dinheiro, depois sobre os móveis e subsidiariamente sobre os imóveis da comunhão. Impõe-se, assim, ao cônjuge credor da compensação, uma ordem para se efectuar os levantamentos¹⁴⁰⁶. Na falta de dinheiro disponível, reconhece-se, em princípio, a livre escolha dos bens móveis e imóveis que serão levantados. Naturalmente que o levantamento só poderá fazer-se dentro dos limites do montante do crédito e se o bem escolhido ultrapassar tal valor a licitação será inevitável.

Por outro lado, o art. 1471.º do Cód. Civil francês traz uma limitação à escolha dos bens móveis e imóveis objecto dos levantamentos: não ficam prejudicados, todavia, com a escolha do cônjuge credor, os direitos que o seu cônjuge poderá ter de requerer a manutenção da indivisão ou a atribuição preferencial de certos bens. As regras fixadas para a manutenção da indivisão (cfr. os arts. 815.º e segs. do Cód. Civil francês) e para a atribuição preferencial (cfr. os arts. 832.º e segs. do Cód. Civil francês) são, por força do art. 1476.º do Cód. Civil francês, aplicáveis à partilha da comunhão¹⁴⁰⁷.

Os dois cônjuges podem ser credores de compensações face à comunhão. Se o dinheiro disponível não for suficiente para os levantamentos de um e de outro, poderá surgir uma concorrência entre eles quanto à escolha dos bens objecto dos levantamentos.

Antes da Reforma de 1985, a mulher tinha prioridade, em relação ao marido, para o exercício dos levantamentos, como forma de salvaguarda contra a má administração do marido. Desde a Lei n.º 85-1372, de 23 de Dezembro de 1985, os dois cônjuges estão, face aos levantamentos, em situação de plena igualdade e, nos termos do § 2.º do art. 1471.º do Cód. Civil francês, se ambos os cônjuges pretenderem levantar o mesmo bem, proceder-se-á a sorteio. Se se verificar que a comunhão é insuficiente para permitir todos os levantamentos a que os cônjuges têm direito, os levantamentos de cada cônjuge serão proporcionais ao montante das compensações que lhe são devidas (art. 1472.º do Cód. Civil francês). Porém, se a insuficiência dos bens comuns for imputável à culpa de um dos cônjuges, o outro poderá exercer os seus levantamentos antes dele sobre todos

¹⁴⁰⁶ Sendo a regra estabelecida com vista a proteger os interesses dos cônjuges, parece ser de admitir que os cônjuges possam convencionar uma ordem diversa da disposta no art. 1471.º do Cód. Civil francês.

¹⁴⁰⁷ De notar que, quer a manutenção da indivisão, quer a atribuição preferencial, supõem geralmente um processo judicial, cabendo ao juiz estabelecer os interesses em jogo para resolver a possível oposição entre os cônjuges, e decidindo autorizar ou não o levantamento, salvo no caso especial de uma atribuição preferencial legal.

os bens comuns, podendo também exercê-los subsidiariamente sobre os bens próprios do cônjuge responsável (art. 1472.º, 2.º, do Cód. Civil francês).

Uma última nota para referir que os levantamentos de bens comuns constituem uma operação da partilha, não conferindo ao cônjuge que os exerce qualquer direito de preferência em relação aos credores da comunhão, salvo a preferência resultante, se a ela houver lugar, de hipoteca legal (art. 1474.º do Cód. Civil francês). Ou seja, o direito de levantamento tem uma natureza jurídica mista: surge como direito de partilha e como direito de crédito. Por isso, o cônjuge intervém nas qualidades de co-partilhante e de credor da comunhão¹⁴⁰⁸.

Apesar do princípio da indivisibilidade do cálculo das compensações e da sua não exigibilidade no decurso da vida conjugal, o direito a uma compensação não é, no direito francês, de ordem pública. Neste sentido, nada impede os cônjuges de, em convenção matrimonial, convencionarem sobre eventuais compensações devidas à ou pela comunhão e até a exclusão de tais compensações. De uma maneira geral, as disposições do art. 1469.º do Cód. Civil francês podem ser adaptadas ou afastadas por convenção dos cônjuges, seja na convenção matrimonial seja numa convenção ou acordo entre os cônjuges a realizar após a dissolução da comunhão (v. os arts. 1450.º e 1451.º do Cód. Civil francês). Pelo contrário, não deverá admitir-se tais convenções no decurso do regime matrimonial. De qualquer forma, convém fazer aqui uma distinção. Quando essa convenção leve à supressão de uma determinada compensação poderá equiparar-se a uma doação entre cônjuges, válida mas, como tal, revogável. Pelo contrário, tal convenção será nula se afastar, no decurso da vida conjugal, pura e simplesmente o direito a uma compensação, pois aí atentará contra o princípio, apesar de atenuado, da imutabilidade do regime de bens, que apenas poderá alterar-se nos termos do art. 1397.º do Cód. Civil francês. Na verdade, as normas que se referem às compensações entre as diferentes massas patrimoniais podem implicar alterações indirectas do regime de bens¹⁴⁰⁹. Com estas ressalvas, os cônjuges podem acordar o montante da compensação e o seu modo de avaliação.

¹⁴⁰⁸ V., Baudry-Lacantinerie/J. Le Courtois/F. Surville, *ob. cit.*, vol. XVII, tomo II, pp. 378 e segs., Planiol/Ripert, *Traité pratique de Droit Civil français...*, *cit.*, vol. XIX, pp. 196 e segs., Jean Renauld, *ob. cit.*, pp. 769-776, Raphaël Contin, *loc. cit.*, pp. 446-482, F. Terré/Ph. Simler, *ob. cit.*, pp. 498 e segs., G. Cornu, *Les régimes matrimoniaux...*, *cit.*, pp. 488 e segs. e pp. 493 e segs., M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 250 e segs., A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, pp. 475 e segs., e Malaurie/Aynès, *Les régimes matrimoniaux...*, *cit.*, pp. 299 e 300.

¹⁴⁰⁹ Planiol/Ripert, *Traité pratique de Droit Civil français...*, *cit.*, vol. VIII, p. 496, e Malaurie/Aynès, *Droit Civil...*, *cit.*, pp. 276 e 277 e p. 110. E se isso vale no direito francês, onde já se atenuou o princípio da imutabilidade, maior aplicação encontra no direito português – v., M.^a Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, *cit.*, p. 162 e nota 99.

Também no direito italiano um dos efeitos imediatos e obrigatórios da dissolução da comunhão decorre do art. 192.º do Cód. Civil italiano. Aí se regulam os *rimborsi e restituzioni*: cada um dos cônjuges deve reembolsar a comunhão quer das somas levantadas do património comum para fins diversos do cumprimento das obrigações previstas no art. 186.º do Cód. Civil italiano, quer do valor dos bens comuns que responderam por dívidas próprias de um dos cônjuges, nos termos do art. 189.º do Cód. Civil italiano (salvo se, tratando-se de acto de administração extraordinária, se demonstrar que foi realizado em proveito da comunhão ou visou satisfazer uma necessidade familiar); cada um dos cônjuges tem direito à restituição da soma levantada do seu património próprio e aplicada em despesas e investimentos do património comum.

A divisão dos bens constitui uma fase subsequente à dissolução da comunhão, constituindo operação preliminar da divisão da comunhão o levantamento dos bens próprios de cada um dos cônjuges, com vista à determinação da massa comum a partilhar¹⁴¹⁰. Regem aqui os arts. 195.º a 197.º do Cód. Civil italiano. Cada cônjuge poderá levantar os bens que levou para a comunhão e os que adquiriu ao longo do casamento por sucessão ou doação. Na falta dos bens poderá levantar o seu valor (art. 196.º do Cód. Civil italiano).

Depois de distinguir os bens comuns dos bens próprios, a formação da massa patrimonial objecto da divisão deverá ser completada com os reembolsos e restituições previstos no citado art. 192.º do Cód. Civil italiano, que pressupõem uma espécie de contabilização da vida familiar, traduzida na existência de uma conta de compensações. Aí se abordam três hipóteses distintas em que haverá lugar a compensações (duas situações de reembolso, ou seja, de compensações devidas à comunhão, e uma situação de restituição, isto é, de compensação devida ao cônjuge empobrecido).

Quanto à situação de restituição, o § 3.º do art. 192.º do Cód. Civil italiano prevê que cada cônjuge pode exigir a restituição das somas levantadas do seu património próprio e utilizadas em despesas ou investimentos do património comum¹⁴¹¹. Procura-se evitar o empobrecimento de um património próprio a favor do património comum.

¹⁴¹⁰ Repare-se que com a dissolução da comunhão, os bens previstos nos arts. 177.º, als. b) e c), e 178.º do Cód. Civil italiano, que constituem a *comunio de residuo*, passam a integrar a comunhão para a constituição definitiva da massa patrimonial objecto da divisão.

¹⁴¹¹ A doutrina italiana (cfr., entre outros, Schlesinger, *ob. e loc. cit.*, sob a direcção de Carraro/Oppo/Trabucchi, pp. 404 e 445, Corsi, *Il regime patrimoniale...*, cit., p. 194, A. Finocchiaro/M. Finocchiaro, *Diritto di famiglia...*, cit., p. 1159, B. Carpino, “Rimborsi e restituzioni”, in AAVV, *La comunione legale*, cit., sob a direcção de C.M. Bianca, tomo II, p. 985, F. Mastropaolo/P.

Repare-se que esta obrigação de restituição pressupõe que o cônjuge credor tenha apresentado prova da natureza própria da soma utilizada para a despesa ou investimento comum. Além disso, configura, tal como actualmente entre nós, uma dívida nominal, cujo valor será apenas igual ao valor retirado do património próprio, não integrando, nomeadamente, a mais valia que tal valor provocou no património comum.

O direito de restituição apenas se torna exigível no momento da dissolução da comunhão. Tal restituição é garantida mediante bens comuns e pode satisfazer-se directamente mediante levantamento de tais bens (cfr. o art. 192.º, 5.º, do Cód. Civil italiano). A lei fixa também a ordem de levantamento dos bens: primeiro o dinheiro, depois os bens móveis e, por último, bens imóveis.

A restituição poderá ser exercida antes da liquidação e partilha da comunhão, a título excepcional, se o interesse da família o exigir e justificar (art. 192.º, 4.º, do Cód. Civil italiano). Daí a necessidade de intervenção do tribunal para compatibilizar os interesses em causa. A lei permite compensações antes do termo da comunhão, preterindo a protecção da natureza jurídica da comunhão, face a um interesse superior: a protecção da família.

Quanto aos reembolsos devidos à comunhão, podemos aludir a duas hipóteses¹⁴¹².

Em primeiro lugar, qualquer um dos cônjuges deve reembolsar a comunhão da soma retirada do património comum para um fim diverso do cumprimento das dívidas previstas no art. 186.º do Cód. Civil italiano, que determina as dívidas pelas quais respondem definitivamente os bens comuns (cfr. o art. 192.º, 1.º, do Cód. Civil italiano). Entende-se que a aplicação da regra deve abranger a soma que integra a comunhão legal imediata ou de “resíduo”. Neste último caso, a obrigação de reembolso surge em

Pitter, *ob. e loc. cit.*, p. 353, De Paola, *Il regime patrimoniale della famiglia...*, *cit.*, p. 706, M. Paladini, “Scioglimento della comunione legale e divisione dei beni”, in AAVV, *Trattato di Diritto Privato. Il Diritto di famiglia*, sob a direcção de Mario Bessone, vol. IV, tomo II, Torino, G. Giappichelli Editore, 1999, p. 447, e A. Galasso, *ob. cit.*, pp. 505 e 506) entende que, com a expressão “património próprio”, o legislador quis referir-se à massa de bens próprios elencados no art. 179.º do Cód. Civil italiano, com exclusão dos frutos dos bens próprios e dos proventos da actividade separada, que são objecto da *comunio de residuo*, e que só com a dissolução da comunhão a integram.

Seguindo o entendimento da mesma doutrina, por despesa deve entender-se os encargos relativos aos bens comuns, destinados à sua manutenção ordinária ou extraordinária, permitindo-lhes uma maior utilidade ou funcionalidade. Por seu lado, são investimentos as aplicações de somas directamente na aquisição (quando esta se dá à custa não só de bens comuns mas também de bens próprios), melhoramento ou crescimento de bens comuns.

¹⁴¹² Cfr. Schlesinger, *ob. e loc. cit.*, sob a direcção de Carraro/Oppo/Trabucchi, pp. 444-446, Santosuosso, *Commentario del Codice Civile. Delle persone e della famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia*, *cit.*, pp. 304-306, e *Beni ed attività economica...*, *cit.*, pp. 190 e 191, B. Carpino, *ob. e loc. cit.*, pp. 982-985, F. Mastropaolo/P. Pitter, *ob. e loc. cit.*, pp. 345-352, De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia...*, *cit.*, pp. 704 e segs., L. Barbiera, *ob. e loc. cit.*, pp. 618-622, T. Auletta, *Il diritto di famiglia*, *cit.*, p. 191, M. Paladini, *ob. e loc. cit.*, pp. 445 e 446, e A. Galasso, *ob. cit.*, pp. 499-505.

consequência de um levantamento feito depois da dissolução da comunhão e antes da liquidação e partilha da mesma¹⁴¹³.

Assim, haverá lugar a reembolso no caso de a comunhão ter pago dívidas contraídas por um dos cônjuges antes do casamento (art. 187.º do Cód. Civil italiano), ter suportado as obrigações que onerem doações ou heranças atribuídas ao cônjuge (art. 188.º do Cód. Civil italiano), ter adquirido bens que servem um dos cônjuges na sua profissão (art. 179.º, al. d), do Cód. Civil italiano), etc.

É pacífico na doutrina italiana o entendimento de que a obrigação de reembolso, prevista no art. 192.º, 1.º, do Cód. Civil italiano, constitui uma dívida de *valuta*, nominal, só exigível no momento da partilha ou, quando o interesse da família o aconselhar e permitir, antes dessa altura, não permitindo qualquer reavaliação¹⁴¹⁴.

A segunda hipótese de reembolso devido à comunhão está prevista no § 2.º do mesmo art. 192.º. O cônjuge que praticou actos de administração extraordinária, sem o consentimento do outro cônjuge, ou pagou dívidas próprias com bens comuns, deve reembolsar a comunhão pelos bens ou valores comuns com os quais os credores próprios desse cônjuge se satisfizeram, de acordo com o art. 189.º do Cód. Civil

¹⁴¹³ Parte da doutrina entende que o levantamento a que se refere o § 1.º do art. 192.º do Cód. Civil italiano deve efectuar-se com o consentimento expresso ou tácito do outro cônjuge, pois, caso contrário, não havendo consentimento, poder-se-á exigir a reconstituição da comunhão, tal como se encontrava antes do levantamento ou, não sendo tal possível, o pagamento do equivalente de acordo com o valor corrente à época de tal reconstituição da comunhão, por aplicação do art. 184.º, 3.º, do Cód. Civil italiano, sem necessidade de observar o § 4.º do art. 192.º do mesmo código – cfr., Schlesinger, *ob. e loc. cit.*, sob a direcção de Carraro/Oppo/Trabucchi, p. 445, B. Carpino, *ob. e loc. cit.*, p. 982, F. Mastropaolo/P. Pitter, *ob. e loc. cit.*, p. 346, De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia...*, *cit.*, p. 704, e A. Galasso, *ob. cit.*, p. 501.

Contra, A. Finocchiaro/M. Finocchiaro, *Diritto di famiglia...*, *cit.*, p. 1156, e Gabrielli/Cubeddu, *ob. cit.*, pp. 215 e 216. L. Barbiera, *ob. e loc. cit.*, p. 621 e nota 26, refere, invocando a decisão do Tribunal de Bergamo, de 18 de Março de 1983 (*Giust. Civ.*, I, 1983, pp. 1601 e segs.), que o eventual acordo de um cônjuge ao levantamento efectuado pelo outro, se não acompanhado de uma obrigação de restituição, pode configurar uma liberalidade entre cônjuges, afastando, por isso, a tese da necessidade do consentimento. Com efeito, de acordo com a decisão deste tribunal só poderá haver restituição da comunhão a um dos cônjuges se a transferência de bens ou valores for acompanhada de um acordo no sentido de que se tratava de uma antecipação de valores e não uma doação indirecta ao outro cônjuge. Posição, aliás, criticada por Marco Ieva, “L’ambito applicativo dell’art. 192, comma 3.º, c.c.”, *Rivista del Notariato*, ano XXXVIII, II, 1984, p. 256.

De qualquer forma, a ideia de que o art. 184.º, 3.º, do Cód. Civil italiano, não é aplicável a levantamentos de somas em dinheiro, referindo-se a bens móveis diferentes do dinheiro, parece ser convincente. Para mais, na vida conjugal normal assiste-se a uma certa elasticidade no uso de dinheiro próprio ou do dinheiro comum, sendo que o equilíbrio entre os patrimónios se alcançará no momento da partilha da comunhão (a não ser que o interesse da família permita a antecipação do reembolso – art. 192.º, 4.º, do Cód. Civil italiano) - M. Paladini, *ob. e loc. cit.*, p. 446.

¹⁴¹⁴ V., por todos, De Paola/Macri, *ob. cit.*, pp. 212 e 213, F. Mastropaolo/P. Pitter, *ob. e loc. cit.*, p. 347, De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia...*, *cit.*, p. 705, e A. Galasso, *ob. cit.*, pp. 501 e 502 (ainda que se admita a contagem de juros a partir da sua exigibilidade).

italiano, a não ser que prove que o acto em causa foi vantajoso para a comunhão ou veio satisfazer uma necessidade da família¹⁴¹⁵.

Neste caso, a obrigação de reembolso não configura uma dívida de *valuta* ou nominal¹⁴¹⁶ e para a sua quantificação deve atender-se ao valor que o bem executado apresenta no momento em que saiu da comunhão (dado que é nesse momento que o património comum sofre um empobrecimento)¹⁴¹⁷, com a respectiva revalorização monetária e produção de juros, nos termos do art. 1282.º, 1.º, do Cód. Civil italiano, desde o momento em que o crédito se torne exigível, equiparando-se esta situação à prevista no art. 184.º, 3.º, *in fine*, do mesmo código¹⁴¹⁸.

Este reembolso à comunhão significa que a compensação devida será imputada na massa dos bens comuns, na meação do cônjuge devedor.

A solução apresentada quanto à forma de pagamento das compensações é essencialmente regulada, no direito italiano, no § 5.º do art. 192.º do Cód. Civil.

Fará parte do activo da comunhão a soma a reembolsar-lhe, nos termos do art. 192.º, 1.º e 2.º do Cód. Civil italiano. Por outro lado, integrará o seu passivo a restituição devida ao cônjuge credor.

Assim, na hipótese de um dos cônjuges surgir como credor de uma compensação face à comunhão, poderá levantar bens comuns até ao montante do seu crédito. No caso de desacordo quanto ao levantamento dos bens, a norma fixa que o levantamento se efectua primeiro sobre o dinheiro, depois sobre bens móveis e, por fim, sobre os imóveis, remetendo, em todo o caso, ao tribunal a solução do desacordo entre os cônjuges quanto ao direito de levantamento a efectuar por um dos cônjuges¹⁴¹⁹. Trata-se

¹⁴¹⁵ Por “*vantaggioso per la comunione*” deverão entender-se quaisquer valores que subentrem na comunhão e superem os valores perdidos. A “*necessità della famiglia*” abrange todas as despesas consideradas úteis e não apenas necessárias.

¹⁴¹⁶ Para Gabrielli/Cubeddu, *ob. cit.*, p. 219, todas as hipóteses previstas no art. 192.º do Cód. Civil italiano configuram dívidas de valor.

¹⁴¹⁷ F. Mastropaolo/P. Pitter, *ob. e loc. cit.*, p. 351, e A. Galasso, *ob. cit.*, p. 504. Contra, entendendo que se deve atender ao valor do bem no momento do reembolso, v., Gabrielli/Cubeddu, *ob. cit.*, p. 219.

São, aliás, configuráveis três momentos relativamente aos quais se poderá reportar o valor do bem a reembolsar: o momento em que saiu da comunhão, o momento da dissolução da comunhão ou o momento do reembolso. V., Paolo Forchielle, “*Comunione legale dei beni – scioglimento. Comunione legale dei beni – restituzioni*”, in AAVV, *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia...*, *cit.*, pp. 364-366.

¹⁴¹⁸ De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia...*, *cit.*, p. 705.

¹⁴¹⁹ No sentido de se instaurar um processo judicial no caso de, para além do desacordo quanto aos bens a levantar, for controvertido o direito de levantamento, v., A. Finocchiaro/M. Finocchiaro, *Diritto di famiglia...*, *cit.*, p. 1164, B. Carpino, *ob. e loc. cit.*, p. 987, e F. Mastropaolo/P. Pitter, *ob. e loc. cit.*, p. 359. Para mais, não se compreende, no caso de desacordo, como poderá o juiz decidir o levantamento sem proceder à divisão do património comum (Schlesinger, *ob. e loc. cit.*, sob a direcção de Carraro/Oppo/Trabucchi, p. 446).

de um levantamento prévio de bens comuns, semelhante ao regulado no direito francês, antes de se efectuar a partilha. Admite-se, porém, ainda que a lei não o refira, uma modalidade prática de restituição ao cônjuge, acrescentando-se à meação do cônjuge credor da compensação na comunhão o montante do saldo que lhe é devido, aumentando com isso os seus direitos na partilha, ou seja, aumentando a sua meação.

Por outro lado, o cônjuge devedor de uma compensação deverá reintegrar a comunhão pelo valor em causa. Tal efectuar-se-á pela imputação do valor da compensação na sua meação, ou seja, o seu cônjuge terá direito a uma meação nos bens comuns acrescida de valor igual ao reembolso devido à comunhão pelo cônjuge. Outra hipótese será a de admitir, encarando o § 5.º do art. 192.º do Cód. Civil italiano em termos gerais (e repare-se que o direito italiano tem também a regra da metade na partilha – cfr. o art. 210.º, 3.º, do Cód. Civil italiano), que o cônjuge do devedor da compensação à comunhão terá, antes da partilha, direito a levantar bens comuns no montante limite da compensação devida pelo seu cônjuge.

O direito espanhol prevê compensações nos arts. 1319.º, *in fine*, 1346.º, *in fine*, 1347.º, 4.º, 1352.º, 1358.º, 1359.º, 1360.º, 1362.º, 1.º, 1364.º, 1373.º, 2.º, 1397.º, 3.º, 1398.º, 3.º, e 1403.º do Cód. Civil espanhol¹⁴²⁰, o que, ao contrário do que acontece no

¹⁴²⁰ Nos termos do art. 1347.º, 4.º, do Cód. Civil espanhol, os bens qualificam-se como comuns, mas, se fundos próprios contribuíram para a sua aquisição, a comunhão será, neste caso, devedora do cônjuge em causa pelo valor satisfeito.

O art. 1358.º do Cód. Civil espanhol, como que resumindo os artigos anteriores, e esclarecendo quaisquer dúvidas, estabelece que, independentemente da titularidade dos bens, sempre que para a aquisição de bens próprios se utilizarem fundos comuns, ou o inverso, haverá reembolso do valor satisfeito à sua custa, mediante o *reintegro* do seu valor actualizado no momento da liquidação. O mesmo se determina nos arts. 1359.º e 1360.º do Cód. Civil espanhol relativamente a edificações, plantações ou quaisquer outros melhoramentos efectuados em bens próprios ou comuns, bem como no caso de exploração, estabelecimento mercantil ou outro género de empresa. De referir que, nos termos do art. 1359.º do Cód. Civil espanhol, se a despesa ou melhoramento se realizou nos bens comuns à custa de bens ou valores próprios, é devida uma compensação ao património próprio pelo valor gasto (§ 1.º). Mas, se essa despesa ou melhoramento se realiza em bens próprios com fundos comuns, a compensação será pelo aumento de valor que os bens próprios conseguiram em resultado daquela despesa ou melhoramento (§ 2.º). Ou seja, o art. 1359.º do Cód. Civil espanhol estabelece no seu § 1.º uma regra geral, a qual se aplica a todos os melhoramentos realizados em bens comuns ou em bens próprios de um dos cônjuges. Tal regra sofre um desvio no § 2.º no caso de se tratar de melhoramentos realizados em bens próprios à custa de fundos comuns ou da actividade de qualquer um dos cônjuges, já que, nesse caso, a comunhão poderá exigir o reembolso do aumento de valor dos bens próprios em consequência do melhoramento. O problema que poderá levantar-se será o da concretização desse aumento de valor do bem devido ao melhoramento, pois só a esse a comunhão tem direito, ou seja, será preciso apurar o aumento de valor que o bem teria e qual o aumento de valor devido ao melhoramento. Repare-se que, não havendo mais valia, a comunhão terá sempre direito ao valor gasto. V., sobre esta questão, M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 1650-1654. A razão aí apontada para não haver a compensação pela mais valia no caso de melhoramento em bens comuns a cargo de bens próprios é a de que o aumento do valor sofrido pelo bem comum beneficia ambos os cônjuges por igual, no momento da liquidação da comunhão. Assim, o cônjuge que suportou a despesa não só será reembolsado do valor gasto como participará na mais valia em metade.

Importa chamar a atenção para a possibilidade, admitida pelo autor citado, de aplicação do § 1.º do art. 1359.º do Cód. Civil espanhol ao caso de melhoramentos ou despesas efectuadas em bens próprios de um dos cônjuges com valores ou fundos próprios

direito francês e, de certa forma, no direito italiano, onde as compensações estão sistematicamente reguladas, prevendo-se um capítulo ou apenas um artigo para as regular em geral, denota que as compensações são pontualmente estabelecidas em diferentes matérias, como também acontece no direito português.

No âmbito da dissolução e liquidação da comunhão, o art. 1403.º do Cód. Civil espanhol dispõe, em termos paralelos ao nosso art. 1689.º, que, pagas as dívidas da comunhão, proceder-se-á ao pagamento das *indemnizaciones y reintegros* devidos a cada cônjuge até ao montante dos bens inventariados, fazendo-se as compensações correspondentes quando um cônjuge seja devedor da comunhão¹⁴²¹. Com efeito, e nos termos do art. 1398.º do Cód. Civil espanhol, no passivo da comunhão encontram-se os créditos que um dos cônjuges possa ter contra a comunhão, nomeadamente, resultantes do pagamento de dívidas comuns com bens próprios. As compensações a que o art. 1403.º do Cód. Civil espanhol se refere não são os *reintegros* devidos entre o património comum e os patrimónios próprios dos cônjuges. O termo compensação está aí usado no seu sentido corrente, ou seja, compensam-se os créditos dos cônjuges contra a comunhão, pelas indemnizações e reembolsos, com o crédito da comunhão face ao cônjuge.

Aí se abordam as compensações (*reintegros*) entre o património próprio de um dos cônjuges e o património comum. Os créditos e débitos existentes entre os patrimónios

do outro. Nada parece opor-se a tal solução, podendo aplicar-se o mesmo regime, nesse aspecto em concreto, sendo certo que, como já referimos, uma coisa são compensações e outra eventuais créditos entre os cônjuges.

Repare-se que no caso de melhoramento de bem próprio com fundos comuns há compensação pelo aumento de valor do bem (art. 1359.º, 2.º, do Cód. Civil espanhol), ao passo que no caso de aquisição de bem próprio com valores comuns há reembolso pelo valor actualizado no momento da liquidação (o que é lógico, dado na aquisição não haver aumento de valor).

Quanto às compensações devidas à comunhão, no âmbito da qualificação dos bens próprios e dos comuns, o art. 1346.º, *in fine*, do Cód. Civil espanhol, determina que os bens em causa conservam o carácter de bens próprios, mas, se a sua aquisição se realizou com recurso a valores comuns, a comunhão será credora do cônjuge proprietário pelo valor satisfeito.

Compensação à comunhão também será devida no caso de a comunhão ter pago o valor da subscrição, tratando-se de acções ou outros títulos ou participações que conservam o carácter de bens próprios, por terem sido adquiridos em virtude da titularidade de direitos próprios (art. 1352.º do Cód. Civil espanhol).

¹⁴²¹ Em todo o caso, o art. 1403.º do Cód. Civil espanhol estabelece uma prioridade no pagamento das dívidas comuns face às compensações devidas ao cônjuge (ainda que possa contradizer o art. 1399.º do Cód. Civil espanhol que determina a aplicação das regras da graduação dos créditos do Direito comum para o pagamento das dívidas comuns e não apenas das dívidas da comunhão a terceiros) que apenas serão pagas até ao valor dos bens inventariados (semelhante ao disposto no § 1378.º, 2.º, do BGB, no domínio da *Zugewinnngemeinschaft*), ao contrário do que acontece no nosso art. 1689.º, onde o cônjuge credor da compensação concorre com os credores comuns (tal como acontece também no direito francês, como vimos). V., Yolanda Bustos Moreno, *ob. cit.*, pp. 405-407.

próprios de cada um dos cônjuges são alheios à liquidação da comunhão e são regulados no art. 1405.º do Cód. Civil espanhol¹⁴²².

Quanto às compensações a favor do património próprio de um dos cônjuges, o art. 1319.º, *in fine*, do Cód. Civil espanhol, estabelecendo a responsabilidade solidária dos bens comuns e dos próprios do cônjuge que contraiu a dívida, e subsidiária do outro cônjuge, determina que o cônjuge que pagou com bens próprios as dívidas aí reguladas tem direito a ser reembolsado desse valor, em conformidade com o seu regime matrimonial¹⁴²³.

As compensações devidas pelo pagamento de dívidas constam dos arts. 1362.º, 1.º, 1364.º, 1373.º, 3.º, 1397.º, 3.º, e 1398.º, 3.º, do Cód. Civil espanhol.

As dívidas previstas nos arts. 1362.º e 1363.º do Cód. Civil espanhol são suportadas, a título definitivo, pela comunhão. Se bens próprios¹⁴²⁴ de qualquer um dos cônjuges responderem por tais dívidas haverá lugar a reembolsos, de acordo com o art. 1364.º do código citado. Nos termos do art. 1369.º do mesmo código, a responsabilidade dos bens do cônjuge que contraiu a dívida e dos bens comuns é solidária.

O art. 1364.º do Cód. Civil espanhol parece admitir a imediata exigibilidade, quando bens próprios pagaram dívidas comuns, não remetendo, como os outros ordenamentos jurídicos, para o momento da liquidação e partilha da comunhão, ao contrário do que

¹⁴²² Cfr. M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, p. 1799, e Yolanda Bustos Moreno, *ob. cit.*, p. 379 e pp. 384 e 385. Nesses termos, o art. 1405.º do Cód. Civil espanhol estabelece que, se um dos cônjuges for, no momento da liquidação, credor pessoal do outro, poderá exigir a satisfação do seu crédito por meio da adjudicação de bens comuns, excepto se o devedor pagar voluntariamente. Abordam-se aqui os créditos que se produzem entre os cônjuges independentemente da comunhão. O cônjuge credor poderá exigir que o seu crédito se satisfaça mediante a adjudicação de bens comuns, no momento em que se procede à sua divisão (o que não impossibilita que possa exigir o seu pagamento antes da dissolução e partilha do regime matrimonial à custa dos bens próprios do cônjuge devedor). Para que o crédito se satisfaça em bens comuns será necessário que o cônjuge credor receba bens do património comum suficientes para cobrir o seu crédito e que constituem um *plus* na sua meação e uma diminuição da meação do cônjuge devedor.

É também essa a solução apresentada pelo nosso art. 1689.º, 3.º, que, regulando a partilha em termos gerais, e, assim, contemplando quer as compensações *stricto sensu* quer os créditos entre cônjuges, determina que uns e outros serão pagos, em primeiro lugar, pela meação do cônjuge devedor nos bens comuns.

¹⁴²³ Haverá o direito de reembolso, de acordo com o regime de bens que vigorar entre os cônjuges, se bens próprios, sejam do cônjuge obrigado solidário ou do obrigado subsidiário, pagaram tais dívidas.

¹⁴²⁴ Por bens ou valores próprios deve entender-se todos os bens que comportem tal natureza de próprios, em oposição à natureza de bens comuns referidos no art. 1347.º do Cód. Civil espanhol. Tal implicará que os frutos ou rendimentos dos bens próprios, a que se refere o § 2.º do art. 1347.º do Cód. Civil espanhol, nunca podem fundamentar o direito de reembolso quando se utilizem para fazer face a dívidas da comunhão, já que tais frutos ou rendimentos, ainda que provenientes de bens próprios, são comuns.

dispõem os arts. 1358.º e 1359.º, 2.º, e, de certa forma, o art. 1373.º, 2.º, do Cód. Civil espanhol¹⁴²⁵.

Repare-se que o valor destas compensações (*reintegros*) devidas ao cônjuge empobrecido e credor integrará o passivo da comunhão, pelo seu valor actualizado (cfr. o art. 1398.º, 3.º, do Cód. Civil espanhol). Com efeito, e reportando-nos ao art. 1364.º do Cód. Civil espanhol, que aborda o problema das compensações ao património próprio pelo pagamento de dívidas comuns, o cônjuge será reembolsado pelo valor utilizado para fazer face às dívidas comuns. Esta referência ao valor deve entender-se, como nos outros preceitos, como o valor actualizado, de forma a fazer face aos problemas da depreciação monetária¹⁴²⁶.

Resta ainda referir que cabe ao cônjuge empobrecido e credor provar que a dívida é comum e também que foi paga com bens ou valores próprios, demonstrando-se a natureza própria de tais bens, afastando-se, dessa forma, a presunção de comunicabilidade dos bens adquiridos, prevista no art. 1361.º do Cód. Civil espanhol¹⁴²⁷.

Quanto às compensações devidas à comunhão, e em matéria de dívidas, quando se trate de dívidas próprias de um cônjuge (aquelas que não estão previstas nos arts. 1362.º e segs. do Cód. Civil espanhol) apenas respondem por elas os bens próprios do cônjuge devedor (art. 1373.º do Cód. Civil espanhol). Contudo, se os bens comuns responderam por tais dívidas, dado que a comunhão não as suporta a título definitivo mas o credor poderá exigir o pagamento contra os bens comuns, considera-se que o cônjuge devedor recebeu tal valor por conta da sua meação no momento da liquidação da comunhão ou

¹⁴²⁵ Em Espanha, no Projecto de 4 de Outubro de 1978, sobre o regime económico matrimonial no Código Civil, a questão actualmente regulada no art. 1364.º do Cód. Civil espanhol constava do art. 1365.º do mesmo código, que estabelecia que o cônjuge que tivesse respondido com bens próprios para a satisfação das obrigações comuns tinha direito a ser reembolsado à custa do património comum. Na falta de bens comuns, o outro cônjuge deveria reembolsá-lo na metade pelo que pagou por tais obrigações. O actual art. 1364.º do Cód. Civil espanhol, resultante do Projecto de 14 de Setembro de 1979 sobre modificação do Código Civil em matéria de filiação, poder paternal e regime económico matrimonial, afastou a segunda parte do preceito, pelo que, não há agora uma regra expressa para resolver o problema de reembolso do cônjuge credor quando não haja bens comuns. Yolanda Bustos Moreno, *ob. cit.*, pp. 409 e 410, procura uma solução no art. 1401.º, 2.º, do Cód. Civil espanhol, considerando que, na falta de bens comuns, deve responder o outro cônjuge por metade (seguindo a regra de repartição do activo – art. 1404.º do Cód. Civil espanhol – que deve aplicar-se também ao passivo, incluindo as compensações ao cônjuge).

¹⁴²⁶ O mesmo entendimento resulta do art. 809.º, 1.º, da *Ley de Enjuiciamiento Civil*.

¹⁴²⁷ O objecto da prova é, como podemos comprovar, idêntico em todos os ordenamentos jurídicos analisados. O mesmo acontece no direito português, isto é, o cônjuge empobrecido terá de provar a utilização de bens ou valores próprios (ilidindo a presunção de comunicabilidade dos bens móveis prevista no art. 1725.º) em proveito do património comum (um empobrecimento e correspondente enriquecimento).

Quanto ao ónus da prova, recorreremos aqui à regra geral do art. 342.º, n.º 1: a prova caberá ao cônjuge que alega o direito à compensação.

quando reembolse o património comum com outros bens próprios (art. 1373.º, 2.º)¹⁴²⁸. De facto, se o cônjuge devedor não tiver bens próprios, ou se estes forem insuficientes, o credor poderá penhorar bens comuns. Se o cônjuge do devedor, notificado da penhora, não exigir que se substituam os bens comuns pela meação do cônjuge devedor na comunhão (situação que acarreta a dissolução e partilha da comunhão), haverá execução sobre os bens comuns inicialmente penhorados sem que se proceda à partilha da comunhão. Por isso, o § 2.º do art. 1373.º do Cód. Civil espanhol refere, para efeitos de compensação, que o cônjuge devedor recebeu os bens comuns que responderam por dívidas próprias por conta da sua meação no património comum que receberá no momento da liquidação (que pode ser decorrente da própria acção executiva) ou no momento em que reembolse o património comum (com bens próprios que venha a obter ulteriormente) – *al tiempo en que los abone*. Entender-se-á, portanto, que o cônjuge recebeu tais valores, num momento ou no outro, por conta da sua meação¹⁴²⁹. Propõe, assim, uma solução idêntica à apresentada pelo direito português nessa situação, não se acautelando, porém, a situação de não existirem bens comuns, que irão aumentar a meação do cônjuge do devedor, para pagamento da compensação em causa¹⁴³⁰.

Também as compensações devidas à comunhão são diferidas para o momento da liquidação. À sua exigibilidade em momento anterior obsta a forma de pagamento

¹⁴²⁸ Como já analisámos, são, a título definitivo, dívidas próprias do cônjuge que as contraiu: as dívidas relativas à alimentação e educação dos filhos só desse cônjuge que não vivam no lar familiar (tenham ou não respondido por elas, a título provisório, bens comuns - art. 1362.º, 2.º, *in fine*, do Cód. Civil espanhol); as dívidas de um cônjuge que, apesar de obrigar também a comunhão, beneficiem apenas esse cônjuge; as dívidas decorrentes de responsabilidade extracontratual do cônjuge, ainda que da sua actuação resulte um benefício para a comunhão ou no âmbito da administração dos bens se tiver agido com dolo ou culpa grave (art. 1366.º do Cód. Civil espanhol); as dívidas decorrentes do jogo (art. 1372.º do Cód. Civil espanhol); as dívidas do cônjuge contraídas antes do casamento e as ocasionadas depois dele pelos seus bens próprios, pelo seu negócio ou profissão, desde que não resultem da administração ordinária ou de exploração regular (art. 1362.º, 3.º e 4.º, do Cód. Civil espanhol).

Em princípio, excluídos os dois primeiros casos, os bens comuns não respondem por aquelas dívidas consideradas próprias do cônjuge que as contraiu. Porém, poderão vir a responder por elas, na falta de bens próprios do cônjuge devedor e nos termos do art. 1373.º do Cód. Civil espanhol, havendo, conseqüentemente, compensação à comunhão, a efectuar nos termos do § 2.º do art. 1373.º do Cód. Civil espanhol, ou seja, por imputação do valor em causa na meação do cônjuge devedor, recebendo menos que o seu cônjuge.

¹⁴²⁹ Na verdade, e apesar de não decorrer da letra do art. 1373.º, 2.º, do Cód. Civil espanhol, se o cônjuge devedor reembolsa com bens próprios os bens comuns, que não no momento da liquidação, tal já não será por conta da sua meação, ainda não apurada nesse momento. V., Abelló Margalef, *loc. cit.*, p. 813. De facto, a eventual confusão a que a letra do artigo em causa pode conduzir, e referida pelos autores espanhóis, induziu-nos em erro na sua interpretação. Aproveitamos, por isso, a oportunidade para corrigir o nosso trabalho *Compensações devidas pelo pagamento de dívidas, cit.*, no sentido de que a expressão *al tiempo en que los abone* se refere ao eventual reembolso do património comum com bens próprios antes da liquidação da comunhão e não no momento em que venha a receber, além e independentemente da meação nos bens comuns, os bens próprios.

¹⁴³⁰ Manuel Albaladejo, *Compendio de Derecho Civil, cit.*, p. 563, entende, porém, que, relativamente aos encargos familiares, se não houver bens comuns suficientes, e tendo respondido bens próprios de um dos cônjuges, se deverá atender, por analogia, ao art. 1438.º do Cód. Civil espanhol, tendo o cônjuge que pagou a mais direito a ser reembolsado pelos bens próprios do outro.

(imputação na meação do cônjuge devedor). É evidente que o cônjuge devedor poderá, querendo, reembolsar a comunhão em momento anterior, mas tal não lhe poderá ser exigido antes da liquidação e partilha.

Resta notar que o valor destas compensações (*reintegros*) devidas à comunhão integrará o activo da mesma, pelo seu valor actualizado (cfr. o art. 1397.º, 3.º, do Cód. Civil espanhol), evitando-se, assim, os problemas inerentes à desvalorização monetária¹⁴³¹.

A regulamentação do pagamento das compensações encontra-se nos artigos relativos à dissolução e liquidação da *sociedad de gananciales* e, fundamentalmente, no art. 1403.º do Cód. Civil espanhol.

Dissolvida a comunhão proceder-se-á à sua liquidação que começará por um inventário do activo e do passivo da comunhão (art. 1396.º do Cód. Civil espanhol). Os elementos que integram o activo constam do art. 1397.º do Cód. Civil espanhol e o art. 1398.º do mesmo código refere os elementos que constituem o passivo¹⁴³². Repare-se que integra o activo da comunhão o valor (actualizado) das somas pagas pela comunhão e que estão a cargo de um dos cônjuges e, em geral, todas as que constituem créditos (compensatórios) da comunhão contra aquele (art. 1397.º, 3.º, do Cód. Civil espanhol). Quando a comunhão paga, com fundos comuns, uma dívida da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges, nasce um crédito de reembolso na titularidade da comunhão pelo seu valor actualizado ao momento da liquidação e partilha. Do mesmo modo, ingressa no passivo da comunhão o valor (actualizado) das somas pagas por um dos cônjuges e a cargo da comunhão e, em geral, todas as que constituem créditos (de compensação) do cônjuge contra a comunhão (art. 1398.º, 3.º, do Cód. Civil espanhol). Trata-se agora de dívidas a cargo da comunhão mas que foram, provisoriamente,

¹⁴³¹ O legislador tem consciência de que, mesmo admitindo que as compensações se possam exigir antes da partilha da comunhão (como parece decorrer do art. 1364.º do Cód. Civil espanhol, quanto às compensações devidas ao património próprio de um dos cônjuges), o normal é as compensações apenas serem determinadas, calculadas e pagas no momento da dissolução e partilha da comunhão. Sendo assim, houve que acautelar as desvalorizações monetárias.

¹⁴³² Não pretendemos aqui voltar a analisar as dívidas que responsabilizam definitivamente a comunhão e, por isso, integram o seu passivo (art. 1398.º, 1.º, do Cód. Civil espanhol), mas apenas referir a questão das compensações, objecto do presente capítulo. Em todo o caso, importa referir que, e seguindo M.ª Teresa Martín Meléndez, *ob. cit.*, p. 353, apesar de apenas integrar o inventário as dívidas pendentes que responsabilizam internamente a comunhão, se o cônjuge devedor não tem meios para pagar as dívidas que apenas externamente responsabilizam a comunhão, não deve o credor ficar prejudicado. Assim, deve também incluir-se no art. 1398.º, 1.º, do Cód. Civil espanhol, as dívidas apenas externamente comuns se o cônjuge devedor, que as deve suportar a título definitivo, não tiver bens suficientes para as pagar. Contra, v., Carmen López Beltrán de Heredia, *ob. cit.*, pp. 268-271, que considera não fazer sentido distinguir as dívidas internamente ou externamente comuns, devendo integrar o passivo previsto no art. 1398.º, 1.º, do Cód. Civil espanhol, todas as dívidas pelas quais a comunhão respondia no decurso da sua vigência.

suportadas pelo património próprio de um dos cônjuges. Também aí se determina que os créditos sejam actualizados, ou seja, que se transformem os valores históricos em valores actuais. A introdução da regra da actualização dos valores, na Reforma de 1981, constituiu um aspecto de grande importância que ataca o fenómeno da crise do nominalismo, que se manifesta em épocas de instabilidade económica, em que a moeda sofre constantes desvalorizações.

Terminado o inventário, pagar-se-ão, em primeiro lugar, as dívidas da comunhão, começando pelas alimentícias que têm sempre preferência (art. 1399.º do Cód. Civil espanhol). Pagas as dívidas da comunhão, proceder-se-á ao pagamento das indemnizações e reembolsos a que cada cônjuge tem direito até ao montante do valor inventariado, fazendo-se as compensações¹⁴³³ devidas quando um cônjuge seja devedor da comunhão.

Feitas as deduções referidas no montante inventariado, será dividido o remanescente em partes iguais pelos cônjuges (cfr. o art. 1404.º do Cód. Civil espanhol).

É uma regulamentação idêntica à apresentada no nosso art. 1689.º, e que veremos melhor de seguida: procede-se a uma fase prévia de liquidação da comunhão onde se apuram as compensações devidas à ou pela comunhão. Se a comunhão for, simultaneamente, credora e devedora de *reintegros*, proceder-se-á às devidas compensações. Só o saldo final, credor ou devedor, constitui o montante da compensação devida pela ou à comunhão. Tal compensação será paga pela meação do cônjuge credor (aumentando o valor da compensação na sua meação) ou devedor (reduzindo-se, na sua meação, o montante compensatório devido à comunhão e, conseqüentemente, aumentando a meação do outro cônjuge). Repare-se, porém, que os *reintegros* serão pagos até ao valor dos bens comuns inventariados, o que, ao contrário do que acontece no nosso art. 1689.º, n.º 3, 2.ª parte, significa que a dívida compensatória poderá, eventualmente, não se extinguir.

Uma última referência ao direito alemão cujos §§ 1437.º a 1444.º e os §§ 1459.º a 1466.º do BGB regulam as dívidas pelas quais responde o património comum ou o património próprio e/ou reservado dos cônjuges e os §§ 1445.º e 1467.º do BGB as hipóteses em que a comunhão é credora ou devedora de compensações. Sempre que

¹⁴³³ Mais uma vez se fala em compensação como forma geral de extinção de obrigações.

uma dívida de um cônjuge ou do património comum não for suportada pelo património respectivo, haverá compensações¹⁴³⁴.

No momento da liquidação, se o cônjuge administrador, ou ambos tratando-se de administração conjunta, utilizou bens comuns em proveito dos seus bens próprios ou reservados, deve compensar pelo respectivo valor o património comum (§§ 1445.º, 1.º, e 1467.º, 1.º, do BGB). De igual modo, se utilizou os seus bens próprios ou reservados em benefício do património comum, este deve uma compensação àqueles (§§ 1445.º, 2.º, e 1467.º, 2.º, do BGB)¹⁴³⁵.

O § 1445.º do BGB, integrado no quadro legal da administração dos bens comuns por um só cônjuge, apenas regula as compensações devidas pelo ou ao cônjuge administrador, o que remeteria as compensações devidas pelo ou ao cônjuge não administrador para o regime geral das obrigações¹⁴³⁶. Porém, há que atender, ao § 1446.º do BGB, regulador da exigibilidade das mesmas, e, em especial, a excepção consagrada no § 1446.º, 2.º, do BGB.

Com efeito, refere o § 1446.º, 2.º, do BGB, e o mesmo se verifica, no domínio da administração conjunta, no § 1468.º do BGB, que o cônjuge não administrador ou, sendo ambos administradores dos bens comuns, ambos os cônjuges têm de imediatamente proceder às devidas compensações no momento do seu surgimento, mas apenas se os seus bens próprios e/ou reservados forem suficientes para o seu

¹⁴³⁴ Como vimos, os §§ 1437.º e segs. e §§ 1459.º e segs. do BGB referem as dívidas do património comum (*Gesamtgutverbindlichkeiten*), ou seja, aquelas que, contraídas pelo cônjuge administrador ou por qualquer dos cônjuges administradores, oneram o património comum e os bens comuns. Importa saber se a dívida é ou não comum para aferir da existência de uma possível compensação. Pode acontecer que pelo pagamento de uma dívida que incumbe definitivamente ao património comum tenham respondido bens próprios de um dos cônjuges ou que pelo pagamento de uma dívida que em definitivo onera o património próprio de um dos cônjuges tenham respondido bens comuns. V., Beitzke/Lüderitz, *ob. cit.*, pp. 160 e 161, e Lüderitz/Dethloff, *ob. cit.*, p. 134. A propósito do regime da comunhão de bens, MünchKomm - *Kanzleiter*, § 1416 Rdn. 16, p. 595, nota que a existência de diferentes massas de bens (*Gesamtgut e Sonder und Vorbehaltsgüt*) pode originar complicações, na medida em que se verificam, necessariamente, relações entre elas, implicando as compensações previstas nos §§ 1445.º e 1467.º do BGB.

Repare-se que, para que haja uma eventual compensação, não pode existir por parte do cônjuge administrador, na utilização que faça dos seus bens próprios ou reservados em benefício do património comum, uma intenção de doação a favor do outro cônjuge, sendo de aplicar o § 685.º, 1.º, do BGB (Staudinger, *ob. cit.*, §§ 1363.º-1563.º, § 1445 Rdn. 10, p. 582).

¹⁴³⁵ As compensações devidas à comunhão podem decorrer dos §§ 1439.º a 1441.º e §§ 1461.º a 1463.º do BGB. Assim, compensação será devida à comunhão se esta pagou dívidas resultantes de delitos civis ou penas imputados a um dos cônjuges, ou dívidas resultantes de actos praticados sobre bens próprios de um dos cônjuges (cfr. os §§ 1440.º e 1441.º e §§ 1462.º e 1463.º do BGB) ou dívidas relativas à aquisição de bens que integram o património próprio ou reservado de um dos cônjuges (cfr. os §§ 1439.º e 1461.º do BGB).

¹⁴³⁶ Nesse sentido, MünchKomm - *Kanzleiter*, § 1445 Rdn. 4, p. 656, e Staudinger, *ob. cit.*, §§ 1363.º-1563.º, § 1445 Rdn. 1, 2 e 14, pp. 579, 580 e 582. Dölle, *ob. cit.*, p. 894, no mesmo sentido, considera que além das compensações previstas nos §§ 1445.º e 1467.º do BGB podem existir outras resultantes das transferências ocorridas entre as diferentes massas patrimoniais; e estas são reguladas de acordo com as regras gerais.

pagamento. Ou seja, no caso de compensações devidas pelos cônjuges à comunhão, desde que pagas por meio de bens próprios (não afectando os bens comuns), a sua exigibilidade é imediata, prevendo-se um regime idêntico ao dos créditos entre cônjuges (aliás, os §§ 1446.º e 1468.º do BGB regulam também as relações que se estabelecem entre os patrimónios próprios dos cônjuges), de acordo com a regra geral do § 271.º do BGB¹⁴³⁷. Não existindo ou sendo insuficientes os bens próprios ou reservados, então diferem-se tais compensações para o momento da liquidação, atendendo aos §§ 1419.º e 1476.º do BGB.

Por outro lado, se os créditos devidos por um dos cônjuges ao outro podem estar sujeitos ao regime geral, na mesma lógica em que as próprias compensações podem imediatamente ser exigidas se houver bens próprios ou reservados suficientes (não se afecta a comunhão e os bens comuns), as compensações devidas ao(s) cônjuge(s) serão efectuadas mediante bens comuns, por acréscimo da sua meação (por analogia com o § 1476.º, 2.º, do BGB), o que só poderá ocorrer no momento da liquidação da comunhão, atendendo à natureza jurídica da mesma. Nenhum dos cônjuges pode dispor dos bens comuns nem exigir a sua parte, enquanto subsistir a comunhão (cfr. o § 1419.º do BGB). Por isso, apesar de não expressamente previstas nos §§ 1446.º e 1468.º do BGB, as compensações devidas pelo património comum ao património do cônjuge não administrador ou ao de ambos os administradores devem também ficar sujeitas aos §§ 1419.º e 1476.º do BGB, ou seja, sendo pagas em primeiro lugar pela meação (acrécimo) do cônjuge credor nos bens comuns, tal só poderá ocorrer no momento da liquidação da comunhão¹⁴³⁸.

Quanto ao cônjuge administrador, nos termos do § 1446.º, 1.º, do BGB, as compensações do cônjuge administrador ao património comum e deste àquele apenas serão devidas no momento da liquidação da comunhão. Tratando-se de compensações devidas pela comunhão ao cônjuge único administrador (onde mais facilmente os seus

¹⁴³⁷ Repare-se que os créditos devidos pelo cônjuge administrador ao não administrador podem ser imediatamente exigíveis, não sendo de aplicar o § 1446.º do BGB. Por seu lado, os créditos do não administrador ao administrador estão previstos no § 1446.º, 2.º, do mesmo código, tal como as compensações devidas ao património comum, ou seja, podem ser imediatamente exigíveis se os bens próprios ou reservados daquele forem suficientes para o seu pagamento. Caso assim não seja, são também diferidos para o momento da liquidação da comunhão (v., Staudinger, *ob. cit.*, §§ 1363.º-1563.º, § 1446 Rdn. 5 e 10, pp. 585 e 586).

¹⁴³⁸ Contra, Staudinger, *ob. cit.*, §§ 1363.º-1563.º, § 1446 Rdn. 11, p. 586, e § 1468 Rdn. 7, p. 677, que considera ser de aplicar o regime geral, sendo tais compensações imediatamente exigíveis, por os §§ 1446.º e 1468.º do BGB não regularem a questão.

bens se confundem com os bens comuns), as compensações são diferidas para o fim da comunhão, por respeito à natureza jurídica desta (§ 1446.º, 1.º, do BGB)¹⁴³⁹.

Por outro lado, e no âmbito da regulação de situações em que ambos os cônjuges são administradores, o § 1467.º do BGB regula as compensações devidas à ou pela comunhão verificando-se relações entre as diferentes massas de bens, para cujo pagamento deve atender-se, além do § 1476.º do BGB, no domínio da liquidação, ao § 1468.º do BGB, já referido¹⁴⁴⁰. Ou seja, tal como o § 1446.º do BGB, o § 1468.º do mesmo diploma apenas determina, e nos mesmos moldes, a compensação dos cônjuges administradores ao património comum e não a deste àqueles, sendo, por isso, de atender ao já referido a esse propósito.

O pagamento de tais compensações será feito, no momento da liquidação (quando não seja efectuado, nos casos em que tal é possível, por bens próprios do cônjuge devedor, como já analisámos), por imputação na meação do cônjuge (§ 1476.º, 2.º, do BGB). O § 1476.º, 2.º, do BGB, declara expressamente que o cônjuge devedor de uma compensação deverá ver imputada na sua meação, no momento da liquidação, o valor que deve à comunhão. Do mesmo modo, e apesar de a lei não regular expressamente a questão, verá acrescida na sua meação a compensação que lhe é devida pela comunhão. Aliás, tal conclusão resulta do § 1475.º do BGB ao determinar que, no momento da liquidação e partilha, serão satisfeitas as dívidas que oneram o património comum e, entre elas, constarão as compensações devidas aos cônjuges. Portanto, tais compensações deverão integrar o activo da comunhão, no primeiro caso, e o seu passivo, no segundo caso¹⁴⁴¹. Não se realizando o pagamento da compensação por imputação, por a meação não ser suficiente para o seu pagamento, ficará o cônjuge

¹⁴³⁹ Diferente tratamento adoptou a lei no caso das compensações devidas pelo património dos cônjuges administradores ao património comum, onde se prevê um regime idêntico ao do cônjuge não administrador (v., § 1468.º do BGB).

¹⁴⁴⁰ De fora da regulamentação do § 1467.º do BGB ficam as compensações aos bens comuns por utilização destes por um dos cônjuges no património próprio ou reservado do outro cônjuge e os créditos entre os patrimónios dos cônjuges por utilização de bens próprios de um dos cônjuges em bens do outro cônjuge (v., Staudinger, *ob. cit.*, §§ 1363.º-1563.º, § 1467 Rdn. 3-6, p. 674). Relativamente a estes últimos créditos, os mesmos serão regulados pelas regras gerais, nomeadamente, pelas regras da gestão de negócios (§§ 677.º e segs. do BGB) e do enriquecimento sem causa (§§ 812.º e segs. do BGB), mas ficam sujeitos à regra da exigibilidade do § 1468.º do BGB (Staudinger, *ibidem*, e Rdn. 8, p. 677).

¹⁴⁴¹ As compensações devidas pelo cônjuge ao património comum, ainda que pagas pela sua meação (§ 1476.º, 2.º, do BGB), devem integrar o activo da comunhão, ou seja, devem poder considerar-se para pagamento das dívidas comuns. Isso mesmo parece decorrer do exemplo apresentado por Staudinger, *ob. cit.*, §§ 1363.º-1563.º, § 1476 Rdn. 5, p. 711, ao referir que se o património comum for de 5000 e o cônjuge dever uma compensação de 3000, a massa a partilhar será de 8000, sendo que o cônjuge devedor apenas receberá 1000 dos 4000 que constituem a sua meação (§ 1476.º, 2.º, do BGB).

devedor obrigado, perante o outro cônjuge, com os seus bens próprios (§ 1476.º, 2.º, 2.ª parte, do BGB)¹⁴⁴².

Como vimos, e quanto às formas de cálculo e de pagamento das compensações, impôs-se considerar outros ordenamentos jurídicos. De facto, é necessário o recurso ao direito comparado já que não há na nossa ordem jurídica a regulamentação de tal matéria. Pareceu-nos, por isso, útil averiguar as soluções apresentadas nos outros ordenamentos jurídicos, na tentativa de vislumbrar uma melhor e mais correcta regulação, no domínio do seu método de cálculo, das compensações pelo pagamento das dívidas do casal¹⁴⁴³.

Nos direitos português, italiano e espanhol não encontramos expressamente regulado o método de cálculo e avaliação das compensações e, até mesmo, as suas formas de pagamento¹⁴⁴⁴. Admitimos a existência de uma conta-corrente, relativamente a cada um dos cônjuges, que, ao longo da vigência do regime matrimonial, contabiliza as compensações devidas à ou pela comunhão a cada um ou por cada um dos cônjuges. Debruçando-nos, em especial, sobre o problema das compensações pelo pagamento das dívidas do casal, não há aqui que aplicar as regras do enriquecimento sem causa nem o mecanismo encontrado pelo direito francês, relacionando a despesa feita e o lucro subsistente¹⁴⁴⁵, já que nada disso dispõe o direito desses países, sendo o valor da

¹⁴⁴² O cônjuge devedor deveria ficar obrigado perante o património comum, ou seja, efectuando um pagamento com os seus bens próprios e reservados. Dessa forma permitiria engrossar o património comum para pagamento de dívidas e não apenas o preenchimento da meação do outro cônjuge. Em todo o caso, o credor comum beneficia sempre da protecção do § 1480.º do BGB, ou seja, não sendo pagas as dívidas até à partilha com os bens comuns enquanto tais, são os cônjuges solidariamente responsáveis pela referida dívida, como veremos *infra*.

¹⁴⁴³ Coelho da Rocha, *ob. cit.*, pp. 263 e segs., chamava a atenção para o facto de a nossa lei, relativamente à partilha e “reposição recíproca dos cônjuges”, não indicar uma fórmula prática para a executar. Os praxistas também não deram a essa operação a importância devida e, para suprir essa falta, socorria-se do direito francês (o então art. 1468.º do Cód. Civil francês), para estabelecer as contas entre os cônjuges e a respectiva partilha.

¹⁴⁴⁴ O direito alemão, embora não regule o método de cálculo e avaliação das compensações, não as distinguindo, aliás, dos simples créditos (cfr. os §§ 1445.º e 1467.º do BGB), prevê expressamente, no § 1476.º, 2.º, do BGB, que, quanto às compensações devidas por um dos cônjuges à comunhão, o seu pagamento se efectuará por imputação na quota do cônjuge devedor ou, não se realizando por imputação, ficará o cônjuge devedor responsável face ao outro cônjuge, ou seja, responderá com bens próprios, apresentando-se, assim, com uma solução equiparável à prevista no art. 1689.º, n.º 1, do nosso Cód. Civil. Quanto às compensações devidas a cada um dos cônjuges poderá, por analogia, determinar-se a mesma forma de pagamento, isto é, acréscimo na meação.

¹⁴⁴⁵ De notar que, apesar dos esforços na regulamentação, com vista a evitar os prejuízos decorrentes da depreciação monetária, o sistema francês não fica completamente imune a tais problemas.

Por outro lado, e como vimos, há casos em que o valor da despesa feita e do lucro subsistente é igual (pelo menos, em termos nominais), dado estar em causa um valor monetário. Será o caso de um dos cônjuges fazer o pagamento de uma dívida própria com dinheiro comum (empobrecimento e lucro subsistente coincidem), fazendo com que a comunhão tenha direito a uma compensação (cfr. os arts. 1412.º, 1413.º, 1416.º, e 1417.º do Cód. Civil francês). Não há, neste caso, um lucro subsistente, no sentido de um

compensação igual ao montante dispendido por um dos patrimónios para o pagamento da dívida de outro património. Como veremos, o principal objectivo na determinação da avaliação das compensações é o de evitar que as desvalorizações monetárias prejudiquem o equilíbrio que se pretende restaurar com as compensações. Ora, tal conseguir-se-á mantendo a simplicidade de tais sistemas, mas permitindo, como aliás já o faz o direito espanhol, actualizações dos valores em causa¹⁴⁴⁶.

Dentro de cada uma das contas de compensações, relativas a cada um dos cônjuges, apenas o saldo é exigível e deverá ser pago, ou seja, haverá entre as compensações devidas pela comunhão e as devidas à comunhão uma compensação nos termos gerais de direito, tal como vimos ocorrer no direito francês.

É a solução que decorre do art. 1697.º do nosso Cód. Civil, que nos remete para o momento da partilha, e do art. 1689.º, n.ºs 1 e 3, do Cód. Civil. Se o cônjuge for simultaneamente credor e devedor de uma compensação à comunhão, haverá que compensar o seu débito com o seu crédito e só após tais compensações, apurando-se o saldo final, se determinará se o cônjuge é devedor ou credor de uma compensação face à comunhão.

Uma vez obtido tal saldo credor ou devedor, haverá que proceder-se ao seu pagamento. Repare-se que aqui o pagamento do saldo devido ocorre simultaneamente à partilha e não, como acontece no direito francês, em momento prévio, exceptuando o caso da modalidade prática em que tal pagamento é incorporado na partilha. Se o cônjuge for devedor de uma compensação face à comunhão, o n.º 1, *in fine*, do art. 1689.º estipula que deverá conferir o que deve ao património comum, o que implicará, não necessariamente uma reposição dos bens ou valores retirados à comunhão, mas o receber menos bens na sua meação, ou seja, será a meação do cônjuge devedor que responderá pela compensação devida à comunhão, imputando-se o valor da

ganho material para o património que absorveu valores do outro, mas haverá uma poupança realizada por este património que não se poderá, contudo, traduzir num lucro subsistente no momento da liquidação. Seria, porém, injusto, atendendo à regulamentação do sistema francês, considerar, naquele caso, nulo o lucro subsistente, levando a que, pela comparação exigida no art. 1469.º do Cód. Civil francês, não haja lugar a compensação. Pelo contrário, parece necessário reter o montante da despesa feita por uma massa de bens em benefício de outra como o montante da compensação devido pelo património que retirou os valores de um outro. Será, portanto, a despesa que fixa o montante da compensação.

¹⁴⁴⁶ No caso de compensações devidas por referência a certos bens (arts. 1722.º, n.º 2, 1726.º, n.º 2, 1727.º, 2.ª parte, 1728.º, n.º 1, *in fine*), a regulamentação apresentada pelo direito francês poderia ter alguma utilidade e interesse para permitir compensações justas e com valores actualizados, já que aí não está apenas em causa um pagamento de uma dívida, mas aquisição de bens cujos valores se alteram com o decurso do tempo, cujo estado sofre modificações, que podem ser alienados ou sub-rogados por outros... e tudo isso deveria ser tomado em conta, não só quanto ao método de cálculo como também quanto à determinação do momento da avaliação.

compensação devida na sua meação. Só haverá que efectuar um pagamento, tal como vimos no direito francês, se a compensação devida exceder a sua meação no património comum¹⁴⁴⁷.

Por outro lado, se o cônjuge for credor de uma compensação perante a comunhão, o n.º 3 do art. 1689.º, que, como já referimos, se reporta à partilha em termos gerais, abrangendo as compensações e os créditos entre cônjuges e, portanto, as compensações *lato sensu*, determina que tal crédito compensatório será também pago, pelo menos primeiramente, pelos bens comuns, passando por um aumento da meação do cônjuge empobrecido e, lógica e necessariamente¹⁴⁴⁸, por uma diminuição da meação do outro cônjuge. Não existindo bens comuns respondem os bens próprios do cônjuge devedor, constituindo tal solução, como já referimos, um acréscimo da garantia concedida ao cônjuge empobrecido e credor da compensação e uma concretização do princípio do art. 1730.º.

Uma diferença fundamental distingue o direito espanhol dos outros ordenamentos jurídicos: a expressa referência à actualização dos valores da compensação, obstando, assim, aos prejuízos decorrentes da depreciação monetária.

Analisando e comparando o direito português em matéria de cálculo e formas de pagamento e momento da exigibilidade das compensações pelo pagamento das dívidas do casal com os outros ordenamentos, podemos concluir que a adopção de um sistema como o francês, levando à comparação entre a despesa feita e o lucro subsistente, admitindo depois excepções, de forma a evitar enriquecimentos injustos de um património à custa de outro, não nos trará qualquer vantagem. Mesmo no direito francês, estando em causa pagamento de dívidas do casal, a compensação devida será sempre igual à despesa feita, ao montante pago por um património em benefício de um

¹⁴⁴⁷ Era, aliás, isso que Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, cit., vol. VI, pp. 469 e 471, defendia ao dizer que, na constância do matrimónio, acontecem frequentemente trocas de valor entre os diferentes patrimónios, que poderão levar a que o património próprio seja devedor ou credor do comum. Tais débitos e créditos não são independentes entre si e somente o saldo será devido. Assim, entre os patrimónios, podem operar-se compensações que se efectuarão por imputação no quinhão de cada cônjuge da soma que ele deve repor ou, se o saldo do cônjuge for credor, por dedução na massa partilhável ou por imputação no quinhão do outro cônjuge.

¹⁴⁴⁸ Participando os cônjuges por metade no património comum (cfr. o art. 1730.º), se um deles, e relativamente ao pagamento de dívidas do casal, respondeu para lá da parte que lhe cabia, na falta ou insuficiência de bens comuns, tal significará que o outro cônjuge, que deveria também responder nos mesmos termos, mas que não o fez, terá agora de realizar tal participação. Por isso, não obstante ser o património comum a responder, pois estamos perante compensações, tal compensação será efectuada por um aumento da meação de um dos cônjuges e uma diminuição na do outro cônjuge.

outro¹⁴⁴⁹. A solução passará por admitir que as compensações, surgidas num certo momento da vida conjugal, permitam, no momento da liquidação e partilha da comunhão, restabelecer o equilíbrio quebrado por transferências patrimoniais entre as diferentes massas de bens. Assim, será de atendermos ao que faz o direito espanhol, ou seja, permitir uma actualização dos valores que constituem o montante das compensações. Isto porque partimos do princípio de que as compensações só serão devidas e pagas no momento da liquidação e partilha – cfr. o art. 1697.º, n.ºs 1 e 2.

Não podemos também deixar de notar a ausência, no direito português, pelo menos nos artigos relativos à partilha (cfr. os arts. 1688.º e 1689.º do Cód. Civil), de uma regulamentação específica quanto às compensações. Como já referimos, o art. 1689.º, n.º 3, aborda as compensações *lato sensu*, abrangendo as compensações em sentido restrito e os créditos entre cônjuges. Por outro lado, não há outras formas de efectuar o pagamento das compensações que não mediante a imputação da compensação devida à comunhão na meação do cônjuge devedor, acrescida de um pagamento por via de bens próprios, ou por um aumento dessa meação no caso de compensação devida pela comunhão.

Quanto à possibilidade de, em convenção matrimonial, se alterar o método de cálculo das compensações, e até de as excluir, reproduzimos para o direito português o que abordámos relativamente ao direito francês (valendo o mesmo nos direitos espanhol e italiano)¹⁴⁵⁰, com o acréscimo de que, se neste último, o princípio da imutabilidade se

¹⁴⁴⁹ Tal entendimento leva-nos, de igual modo, a excluir o mecanismo de contagem de juros regulado no art. 1473.º do Cód. Civil francês (v., *supra*, p. 602, nota 1401). O art. 1697.º do Cód. Civil expressamente remete a exigibilidade das compensações para o momento da partilha dos bens do casal. Assim, e atendendo ao disposto nos arts. 805.º e 806.º do Cód. Civil, só desde o momento em que se vêm exigir correm juros legais [neste sentido, v., o ac. da RP, de 02.03.1995 (*Col. Jurisp.*, tomo II, 1995, p. 187)]. Cfr. Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 482.

Solução diferente, no sentido de uma maior justiça, pode ser aplicada no caso da obrigação de restituir o preço decorrente de um contrato nulo, dado que a causa de nulidade ocorre no momento da celebração do contrato. O conceito de retroactividade, implicando que a obrigação de restituição seja devida desde o momento do efectivo pagamento do preço a título de cumprimento do contrato, faz correr os juros moratórios a partir deste momento. Neste caso, entende Maria Clara Sottomayor, “A obrigação de restituir o preço e o princípio do nominalismo das obrigações pecuniárias – A propósito do acórdão do STJ de 11 de Março de 1999”, Separata de *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 548, que será possível contrabalançar a desvalorização monetária através do pagamento de juros.

No direito italiano, v., Corsi, *Il regime patrimoniale...*, *cit.*, p. 193, reportando-se aos arts. 1282.º e 192.º do Cód. Civil italiano. Também Sergio Alagna, “Lo scioglimento della comunione legale: osservazioni e proposte”, in AAVV, *Studi sulla riforma del diritto di famiglia*, *cit.*, sob a direcção de Ennio Russo, p. 507, sugeria que os reembolsos e restituições deviam contar juros desde o momento da dissolução. Considerando que as compensações efectuadas no momento da liquidação não estão sujeitas ao pagamento de juros, v., no direito espanhol, Díez-Picazo/Antonio Gullón, *ob. cit.*, p. 205.

¹⁴⁵⁰ Tal entendimento vale ainda com mais força no direito alemão onde o regime de comunhão pode ser estipulado por convenção matrimonial, podendo os futuros cônjuges regular a matéria das compensações. V., entre outros, MünchKomm - *Kanzleiter*, § 1445 Rdn. 5, pp. 656 e 657, e § 1446, Rdn. 7, p. 658. Contra, em Espanha, M.ª Teresa Martín Meléndez, *ob. cit.*, pp.

atenuou, no nosso direito o art. 1714.º regula tal princípio com toda a sua intensidade. Assim, os cônjuges poderão, em convenção antenupcial, excluir as eventuais compensações que possam surgir no decurso da vida conjugal (ainda que tal não nos pareça aconselhável e afecte o equilíbrio patrimonial necessário nos regimes de comunhão, podendo mesmo considerar-se elemento essencial nesses regimes)¹⁴⁵¹ e determinar até um método de cálculo e avaliação específico das compensações, permitindo, nomeadamente, actualizações de valores (o que será, além de permitido, francamente vantajoso)¹⁴⁵². O que não poderão é convencionar no decurso da vida conjugal, quando tal possa implicar uma violação do princípio da imutabilidade. Por outro lado, já será admissível a renúncia, por um dos cônjuges, a uma compensação concreta, nos mesmos termos em que se admitem as doações entre cônjuges (livremente revogáveis). Parece-nos também que não lhes será permitido, nos regimes de comunhão, determinar a exigibilidade do pagamento de compensações em momento anterior à liquidação e partilha da comunhão (o que não impede o seu pagamento voluntário). Tal exigência decorre do próprio fundamento das compensações, ou seja, da natureza jurídica da comunhão (como exigir uma compensação, apurada pelo saldo final das contas, a determinar no momento da liquidação da comunhão, paga pela meação do cônjuge devedor se a concretização de tal meação só se procederá no momento da liquidação e partilha da comunhão?)¹⁴⁵³.

3. A exigibilidade diferida e a necessidade de actualização dos valores

40 e 41, ao dizer que os direitos à compensação são de carácter imperativo, ainda que renunciáveis uma vez dissolvida a comunhão. Na Alemanha os cônjuges podem até convencionar a continuação da comunhão para além da morte de um dos cônjuges (*fortgesetzte Gütergemeinschaft* - §§ 1483.º e segs. do BGB).

¹⁴⁵¹ Em face do limite fixado pelo art. 1699.º, n.º 1, al. b), proibindo estipulações que alterem os direitos patrimoniais conjugais, poderá ser duvidoso admitir uma convenção que afaste, totalmente ou em parte, as compensações. Cfr. Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 482.

¹⁴⁵² Aliás, e em sentido mais amplo, podem os nubentes inserir na convenção antenupcial cláusulas relativas à partilha dos bens comuns, como a adjudicação preferencial de certos bens a um dos cônjuges, a prioridade de cada um dos cônjuges na adjudicação dos bens que entrarem para a comunhão pelo seu lado (sem que se afecte com isso a regra da repartição por metade do art. 1730.º), etc. V., M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, *cit.*, pp. 536-539.

Também os arts. 160.º e 210.º do Cód. Civil italiano e o art. 1328.º do Cód. Civil espanhol não obstam à possibilidade de, em convenção matrimonial, se regular o método de cálculo e avaliação das compensações.

¹⁴⁵³ Os créditos entre cônjuges, sujeitos ao regime geral das obrigações, podem ser regulados, em convenção matrimonial, pelos cônjuges que podem mesmo sujeitar a sua determinação e exigibilidade ao regime das compensações.

As compensações não são créditos ordinários, vulgares, razão pela qual são reguladas por uma regra fundamental que é a da indivisibilidade do seu cálculo, só sendo exigíveis no momento da dissolução da comunhão. Até então, os cônjuges estão em débito ou têm um crédito, cada um no que lhe cabe, para com a comunhão. Podemos configurar uma espécie de conta-corrente, na qual todos os créditos e débitos de cada um dos cônjuges em relação à comunhão são contabilizados e cujo saldo final será apurado, no momento da liquidação e partilha da comunhão, sendo que apenas este será devido no final.

As particularidades das relações patrimoniais entre os cônjuges, traduzidas na obrigação de comunhão de vida e na realização de um equilíbrio patrimonial justo, exigem um estatuto próprio e uma regulamentação específica face às restantes relações jurídicas estabelecidas entre pessoas não casadas. As compensações entre as diferentes massas patrimoniais só sendo devidas no final da comunhão de vida e partilha dos bens, traduzem essa especificidade.

O n.º 1 do art. 1697.º representa uma excepção ao direito de regresso nas obrigações solidárias passivas em geral (cfr. o art. 524.º), no que toca ao prazo de exigibilidade. Apresenta-se, assim, como um regime excepcional face ao Direito das Obrigações, onde há a exigibilidade imediata de todos os créditos (se alguém é titular de um crédito pode, obviamente, exigir o seu pagamento ao devedor). De facto, no campo obrigacional, não tendo as partes determinado um prazo ou um dia certo para o cumprimento das obrigações, o art. 777.º, n.º 1, estabelecendo o princípio geral em matéria de obrigações puras, determina que o credor tem o direito de exigir a todo o tempo o cumprimento da obrigação, assim como o devedor pode a todo o tempo exonerar-se dela. O vencimento de tais obrigações fica, assim, na dependência da vontade das partes. Apesar disso, há prestações que, seja pela sua natureza, seja pelas circunstâncias que a determinaram, seja pela força dos usos (art. 777.º, n.º 2), não podem ser subordinadas ao princípio da imediata exigibilidade.

Não parece haver dúvidas de que as compensações pelo pagamento de dívidas do casal, afastando-se do princípio geral do Direito das Obrigações, não são imediatamente exigíveis, sendo diferidas para um momento ulterior ao seu surgimento.

De facto, o art. 1697.º, n.ºs 1 e 2, refere expressamente o “momento da partilha”. As razões da proibição da partilha dos bens comuns antes de cessarem as relações patrimoniais entre os cônjuges prendem-se com a ideia da protecção de um património comum especialmente afectado às necessidades da vida familiar. Têm que ver, além disso, com a própria natureza deste património comum, regulado pela lei como um

património colectivo, tendo os cônjuges apenas direito a uma meação, em regra, só concretizável após a dissolução do casamento e do regime de bens¹⁴⁵⁴. Faz sentido, portanto, que a liquidação da comunhão ocorra somente no momento da dissolução da mesma e que só nessa altura se concretize o direito de cada um dos cônjuges sobre os bens que fazem parte da comunhão.

Visto que as compensações só têm lugar no momento da liquidação e partilha da comunhão, o problema da actualização dos valores a considerar é muito importante, pelo que a inflação pode tornar o seu valor nominal irrisório¹⁴⁵⁵. A propósito do sistema francês, A. Colomer, pronunciando-se sobre o problema dos desequilíbrios patrimoniais entre os cônjuges e das compensações, do ponto de vista da depreciação monetária, demonstrou que as próprias técnicas jurídicas agravavam muitas vezes as injustiças verificadas nas relações patrimoniais entre os cônjuges¹⁴⁵⁶. Com efeito, a comparação final em termos nominais de créditos e débitos com origem em épocas diversas era injusta. De facto, o problema da exigibilidade diferida, por oposição a uma exigibilidade imediata, como ocorre com qualquer crédito nos termos gerais, reside no facto de o montante devido a título de compensação ser, em virtude das desvalorizações monetárias, manifestamente irrisório no momento do pagamento.

O Cód. Civil espanhol procurou resolver o problema com que o diferimento das compensações para o momento da partilha se depara. Assim, na regulamentação da dissolução e liquidação da comunhão, os arts. 1397.º e 1398.º do Cód. Civil espanhol determinam, para efeitos de inventário, os elementos que compreendem o activo e o passivo da comunhão, respectivamente. Os §§ 3.º de cada um dos artigos referem o valor actualizado das somas pagas pela comunhão ou pelo património de um dos cônjuges e a cargo de outro património.

¹⁴⁵⁴ Além disso, o diferimento das compensações estará mais de acordo com aquela que é tida como a orientação geral da lei: evitar uma excessiva intervenção do tribunal na vida da família (Heinrich Ewald Hörster, "A Respeito da Responsabilidade Civil...", *loc. cit.*, Ângela Cerdeira, *Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp. 82 e segs. e pp. 167 e segs., e Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 201 e 202).

¹⁴⁵⁵ Guilherme de Oliveira, "Sobre o contrato-promessa...", *loc. cit.*, pp. 274 e segs., a propósito da promessa de partilha dos bens comuns, refere que o valor dos bens concretos e das meações deve ser actual e referido ao momento da partilha.

¹⁴⁵⁶ A. Colomer, *L'instabilité...*, *cit.*, *passim*. Também Olivier KuhnMunch, "L'incidence de la dépréciation monétaire sur le patrimoine familial", in AAVV, *Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée*, sob a direcção de Paul Durand, Paris, L.J.D.J., 1961, pp. 201 e segs., aponta como consequência do diferimento das compensações para o momento da partilha o problema da desvalorização monetária.

A uma exigibilidade imediata obsta, desde logo, a própria lei que remete, no art. 1697.º, nos regimes de comunhão¹⁴⁵⁷, as compensações pelo pagamento de dívidas do casal para o momento da partilha¹⁴⁵⁸. Poderíamos até considerar, eliminando a actual disposição legal e preconizando outra solução, que as compensações, em sentido estrito, estariam sujeitas ao mesmo regime jurídico dos restantes créditos, nomeadamente ao dos créditos entre cônjuges imediatamente exigíveis no decurso do regime matrimonial. A única diferença seria a de as compensações implicarem relacionamentos entre os

¹⁴⁵⁷ Se o regime de bens vigente entre os cônjuges for o de separação, dada a autonomia patrimonial que esse regime reconhece a ambos os cônjuges, não se prevê qualquer dilação na exigibilidade das dívidas conjugais. O que se compreende: estão aqui em causa créditos entre cônjuges e não compensações *stricto sensu*. O que poderá acontecer, no regime de separação, será o pagamento, por um dos cônjuges, voluntariamente, de dívidas próprias do outro cônjuge. Ora, neste caso surgirá um crédito entre cônjuges, exigível a todo o tempo e sujeito ao regime geral das obrigações.

¹⁴⁵⁸ No seu anteprojecto relativo à capacidade patrimonial dos cônjuges, Braga da Cruz apresentava duas razões justificativas para aquela dilação.

Em primeiro lugar, há toda a vantagem em adiar para o momento da partilha do casal, sempre que tal seja possível, a exigibilidade das dívidas entre os cônjuges, que pode ser fonte de desentendimentos conjugais quando admitida antes disso. Mas também não será fonte de desentendimentos no regime de separação? Para mais, a lei admite, no decurso do casamento, acções de anulação de actos praticados por um dos cônjuges sem o devido consentimento do outro – art. 1687.º. Aliás, pode até o diferimento da exigibilidade ser fundamento de injustiças e dissensões conjugais, sobretudo se o diferimento não abrir excepção à regra geral do nominalismo (Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 477).

Em segundo lugar, a imediata exigibilidade destas dívidas entre os cônjuges equivaleria a atribuir-lhes uma exigibilidade a todo o tempo, já que a prescrição não corre entre cônjuges (colocando-se, dessa forma, nas mãos do cônjuge credor um meio fácil – a ameaça da cobrança imediata da quantia em dívida – de tutelar economicamente a actividade do cônjuge devedor). No entendimento de Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 477, o argumento de que a imprescritibilidade dos créditos entre cônjuges serviria de instrumento para tutelar a vida económica do cônjuge devedor é discutível. A regra da imprescritibilidade costuma ser aceite por se tratar de um instrumento de defesa do credor contra a inibição de exigir o pagamento e não como arma de chantagem sobre o devedor. Aliás, se o devedor pretender livrar-se da ameaça permanente basta-lhe-á depositar o valor devido à ordem do credor. Assim, tal argumentação surgia numa época em que se podia reear a aquisição, por parte da mulher casada, de um certo poder patrimonial, baseado em direitos de regresso contra o marido, depois de ter pago, para além do que lhe competia, os compromissos que só o marido podia assumir. À medida em que se afirma a autonomia negocial dos cônjuges, justifica-se mais dificilmente o receio de que as suas relações jurídicas patrimoniais concretas sejam fonte de conflitos entre eles. Para mais, a impossibilidade de corrigir situações de desequilíbrio financeiro pode tornar-se potenciadora de dissensões e desconfiças.

Não nos parece que esta exigibilidade deva permitir-se com base neste mesmo argumento. Como a prescrição não corre deveria admitir-se a imediata exigibilidade para que essa ameaça não seja constante. A isto não deveria obstar o facto de não se conseguir determinar o que é de cada cônjuge no decurso dos regimes de comunhão (seria uma falsa questão, dado que os credores sabem o que é ou não comum para pagamento das dívidas: por maioria de razão cada cônjuge também o saberá), tanto mais que a osmose patrimonial ocorre em todos os regimes, mesmo no de separação de bens e neste regime não há diferimento dos créditos. É que existem razões para diferir as compensações (e apenas estas) nos regimes de comunhão. Com efeito, é na natureza jurídica do património comum que, para nós, reside o fundamento do diferimento das compensações para o momento da partilha. Entendendo o património comum como um património de afectação especial, como um património colectivo, de mão comum não pode permitir-se a exigibilidade das compensações no decurso da comunhão, ainda que tal solução eliminasse os problemas de actualização dos valores que a exigibilidade diferida depara. Como refere Guilherme de Oliveira, “Compensações devidas pelo pagamento de dívidas do casal – anotação ao ac. da RL, de 8 de Julho de 1999”, *RLJ*, ano 133.º, 2000, p. 94, e *Temas...*, *cit.*, p. 354, o regime da exigibilidade diferida para o momento da partilha é um regime excepcional face ao Direito das Obrigações e, por isso, só poderá aplicar-se havendo razões que o justifiquem. Ora, se as apresentadas antigamente não colhem actualmente, é, pelo contrário, a natureza jurídica do património comum que justifica o diferimento das compensações.

patrimónios próprios e o comum e os créditos apenas envolverem patrimónios próprios. Porém, como admitir, no decurso dos regimes de comunhão, que o património próprio de um dos cônjuges exija uma compensação à comunhão, pelo pagamento de dívidas desta, se, nessa altura, o cônjuge não sabe o que da comunhão lhe cabe a ele ou ao seu cônjuge: estamos na presença de um património colectivo que pertence aos cônjuges em bloco, sendo estes titulares de um único direito e de um direito uno sobre ele. Só no momento da liquidação e partilha deixará de haver esta vinculação colectivística. Até lá nenhum dos cônjuges pode dispor desse património por si só e, por isso, não pode também exigir dele uma dada compensação (e o mesmo vale, atendendo à sua forma de pagamento, para as compensações devidas à comunhão que, na ausência de personalidade jurídica desta, surgiria representada pelo outro cônjuge). O que não impede, obviamente, cada um dos cônjuges de dispor de um bem na sua totalidade de acordo com as regras da administração e disposição dos bens. De facto, um cônjuge não pode é alienar a sua parte na comunhão como se de uma compropriedade se tratasse, mas pode dispor de bens por inteiro respeitando as regras das legitimidades conjugais. Concordamos, em todo o caso, que pode gerar alguma contradição o facto de um cônjuge poder dispor de um dado bem comum, poder utilizá-lo até para pagamento de dívidas próprias suas (p. ex., utilizando o seu salário), e já não poder fazer o mesmo para pagar uma compensação ao património comum ou recebê-la deste, tanto mais que espontaneamente pode ocorrer tal pagamento, só não o podendo exigir judicialmente no decurso do regime de bens¹⁴⁵⁹. Entendemos, contudo, e atendendo à forma de pagamento das compensações (mediante a meação nos bens comuns do cônjuge devedor), que a natureza jurídica da comunhão opõe-se a esse pagamento imediato. Com efeito, uma coisa é a disposição de um bem comum enquanto tal, seja para a sua alienação seja para o pagamento de dívidas, e outra o pagamento de uma compensação mediante a **meação** nos bens comuns. Esta só se obtém no momento da liquidação do regime de bens¹⁴⁶⁰.

¹⁴⁵⁹ Críticas apresentadas por Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 479.

¹⁴⁶⁰ Aliás, Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 551, a propósito da natureza jurídica da comunhão, apontam precisamente para isso ao dizerem que antes de estar dissolvido o casamento ou de ser decretada a separação de pessoas e bens entre os cônjuges, “não podem estes dispor (p. ex., vendendo-a, doando-a, hipotecando-a (art. 690.º)) da sua meação nos bens comuns, assim como não lhes é permitido pedir a partilha dos mesmos bens antes da dissolução do casamento”.

Neste sentido pronunciou-se o ac. da RL, de 08.07.1999 (*Col. Jurisp.*, tomo IV, 1999, p. 94), considerando que as compensações são diferidas para o momento da liquidação e partilha dos bens comuns, dado que só nessa altura se sabe o que cabe a cada um dos cônjuges.

Por tudo isso, remetemos as compensações e a sua exigibilidade para o momento da partilha da comunhão: é a natureza jurídica da comunhão que o justifica¹⁴⁶¹.

Entendendo a comunhão como património de mão comum¹⁴⁶², como se poderá, ao longo da vigência do vínculo matrimonial e do património comum, permitir a existência de compensações entre a comunhão e os patrimónios próprios de cada um dos cônjuges? Se não podemos concretizar, em quotas ideais, a meação do cônjuge credor da compensação, como lhe atribuir o seu valor no decurso da comunhão, atendendo a que a primeira forma de pagamento das mesmas é pela imputação ou acréscimo na meação do cônjuge? Se não é possível dispor da parte que lhe cabe na comunhão, não poderá o cônjuge exigir seja o montante que for da mesma no decurso do casamento. A isso se opõe a natureza jurídica da comunhão.

Repare-se ainda que, para além de encontrar justificação na natureza jurídica dos bens comuns, o diferimento das compensações para o momento da partilha representa também o respeito pelo princípio da imutabilidade ainda previsto no art. 1714.º, n.º 1, embora objecto de atenuações nos outros ordenamentos jurídicos, não podendo proceder-se a qualquer divisão dos bens comuns no decurso do casamento. Com efeito, se as compensações são pagas, nos termos dos arts. 1697.º e 1689.º, n.ºs 1 e 3, mediante a meação do cônjuge credor ou devedor nos bens comuns, estar-se-ia, de certa forma, a permitir uma divisão dos bens comuns na vigência do regime matrimonial, alterando as regras do próprio regime.

¹⁴⁶¹ Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 506, apresentam a seguinte definição: “(...) os bens comuns constituem uma massa patrimonial a que, em vista da sua especial afectação, a lei concede um certo grau de autonomia, e que pertence aos dois cônjuges, mas em bloco, podendo dizer-se que os cônjuges são, os dois, titulares de um único direito sobre ela”. V. também, Pires de Lima/Braga da Cruz, *ob. cit.*, p. 98, Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil...*, *cit.*, vol. IV, pp. 436 e 437, Antunes Varela, *ob. cit.*, pp. 454 e segs., e Heinrich Ewald Hörster, *A parte geral do Código Civil português...*, *cit.*, pp. 197 e segs. Já Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, *cit.*, vol. I, p. 81, nota 3 e p. 82, em 1913, referia que a comunhão do tipo germânico é produto de uma organização social e económica essencialmente comunitária, identificando a comunhão conjugal com a *Gesamte Hand* alemã (*ob. cit.*, vol. II, p. 129).

Por isso, só nos regimes de comunhão, onde existem verdadeiras compensações *stricto sensu*, estas se diferem para o momento da liquidação e partilha. E deve entender-se isto para todas as compensações e não apenas aquelas onde expressamente a lei remete para o momento da partilha (ou seja, também nos arts. 1727.º e 1728.º, n.º 1, onde não há remissão expressa para o momento da liquidação). Sobre a natureza jurídica da comunhão e as diferentes posições doutrinárias, v., Cristina M. Araújo Dias, *Compensações devidas pelo pagamento de dívidas...*, *cit.*, pp. 262-277. Sintetizando as posições doutrinárias sobre a natureza jurídica da comunhão, v., Eduardo dos Santos, *ob. cit.*, pp. 304-309, e Esperança Pereira Mealha, *ob. cit.*, pp. 37-44 e pp. 59-62, e no direito espanhol, Vicente Guilarte Gutiérrez, “La naturaleza de la actual sociedad de gananciales”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLV, n.º 3, 1992, pp. 878-928 (autor que opta pela concepção da comunhão como uma compropriedade e não como comunhão de mão comum – v., do mesmo autor, *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Valladolid, Lex Nova, 1991, p. 76).

¹⁴⁶² Como escrevem Beitzke/Lüderitz, *ob. cit.*, p. 154, e Lüderitz/Dethloff, *ob. cit.*, p. 130, „Das Gesamtgut ist Gesamthandsvermögen beider Gatten”.

A isso não obsta o art. 825.º do Cód. de Processo Civil e a possibilidade de os credores, no decurso do regime matrimonial, satisfazerem o seu crédito pela meação do cônjuge devedor nos bens comuns¹⁴⁶³. Para além de devermos considerar tal possibilidade como excepcional (não é por a lei a admitir nesse caso que deveremos entender que os cônjuges entre si poderão fazer o mesmo), o art. 825.º do Cód. de Processo Civil, ao permitir que o credor execute a meação do cônjuge devedor, manda citar o cônjuge do executado para requerer a separação de bens, precisamente para forçar a partilha dos bens do casal. Caso tal não suceda, o credor penhora bens comuns e não exactamente a meação do cônjuge devedor que apenas será determinada no momento da liquidação e da partilha, com as devidas compensações (dado que os bens comuns responderam por dívidas próprias do cônjuge).

Por outro lado, uma coisa são as relações do património comum com os credores e outra as relações dos cônjuges entre si face ao património colectivo: uma coisa será o pagamento de dívidas face aos credores que, na ausência de bens próprios do cônjuge devedor poderão executar a meação deste no património comum, salvaguardando, dessa forma, o seu crédito, e outra o pagamento de compensações entre os diferentes patrimónios em interacção nos regimes de comunhão, a efectuar sempre que se

¹⁴⁶³ Cfr. os arts. 1696.º, n.º 1, do Cód. Civil, e 825.º do Cód. de Processo Civil. Ao art. 825.º do Cód. de Processo Civil correspondem-lhe os arts. 1373.º, 2.º, do Cód. Civil espanhol, e 599.º e segs. do Cód. de Processo Civil italiano. O art. 1373.º, 2.º, do Cód. Civil espanhol, prevê a possibilidade de os credores pessoais de um dos cônjuges se fazerem pagar com bens comuns, surgindo, em contrapartida, um direito de reembolso a favor da comunhão no momento da liquidação e partilha. M. A. Rueda Pérez/J. M. Rueda Pérez, *loc. cit.*, p. 589, consideram tal norma como excepcional e regulando as relações face aos credores, não devendo, por aplicação desse artigo, permitir-se a exigibilidade imediata das compensações.

Por sua vez, a doutrina italiana discutiu o problema da execução da meação do cônjuge devedor nos bens comuns como atentatória do princípio da indivisibilidade da comunhão (Schlesinger, *ob. e loc. cit.*, sob a direcção de Carraro/Oppo/Trabucchi, pp. 435 e 436, Grasso, “Il regime in generale e il fondo patrimoniale”, *ob. e loc. cit.*, p. 403, e F. Mastropaolo/P. Pitter, *ob. e loc. cit.*, pp. 263-273). Entendeu, porém, articulando os arts. 189.º do Cód. Civil e 599.º do Cód. de Processo Civil italianos com o art. 192.º, 2.º, do Cód. Civil italiano, que, apesar de o credor pessoal se poder fazer pagar com bens comuns, a comunhão mantém-se e à parte nos bens comuns que serviu o credor atender-se-á, em relação ao cônjuge devedor, para efeitos de compensações. Aliás, se a comunhão não se mantivesse não se compreenderia que fosse, mais tarde, reintegrada mediante compensação (v., A. Galasso, *ob. cit.*, pp. 503 e 504).

No direito alemão, os bens comuns permanecem como património de mão comum até à sua liquidação e partilha, mas, de acordo com o § 860.º, 2.º, ZPO, passa a ser possível ao credor, com o fim do regime de comunhão, penhorar a meação do cônjuge nos bens comuns (Beitzke/Lüderitz, *ob. cit.*, p. 162, e Lüderitz/Dethloff, *ob. cit.*, p. 135, MünchKomm - *Kanzleiter*, § 1471 Rdn. 8, p. 695, Staudinger, *ob. cit.*, §§ 1363.º-1563.º, § 1471 Rdn. 13, p. 689, Thomas Wittich, *Die Gütergemeinschaft (und ihre Auseinandersetzung)*, Luchterhand, Fur – Praxis, 2000, p. 39, Stein/Jonas/Brehm, VIII/2004, § 860 Rdn.2, p. 403, e Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, *Zivilprozessordnung*, vol. I, 65.º ed., München, C. H. Beck, 2007, § 860 Rdn. 2 e 3, p. 2379). Trata-se da penhora da meação dos bens comuns no seu todo e não da parte de cada cônjuge em bens concretos (Staudinger, *ibidem*, e Zöller-Stöber, *Zöller Zivilprozessordnung*, 24.ª ed., Köln, Dr. Otto Schmidt, 2004, § 860 Rdn. 1-3, p. 2182). De referir ainda, e em virtude do referido § 860.º ZPO e do § 1.º *Konkursordnung* (KO), que a meação do cônjuge falido nos bens comuns deve integrar a massa falida.

verifique um motivo de surgimento das mesmas, ainda que o seu pagamento se remeta para o momento da partilha¹⁴⁶⁴.

Note-se que a exigibilidade da dívida é diferida para o momento não da dissolução ou anulação do casamento, mas da partilha dos bens do casal, que pode efectuar-se com a simples separação judicial de bens (art. 1770.º). Haveria então sempre a possibilidade de provocar a exigibilidade da dívida, forçando uma prematura partilha do casal, através de uma simples separação judicial de bens. É evidente que chocávamos contra os fundamentos desta separação, ou seja, para a ela haver lugar seria necessário que um dos cônjuges estivesse em risco de perder aquilo que é seu e tal risco resultasse, necessariamente, da má administração do outro cônjuge. Não obstante tais requisitos e exigências, Braga da Cruz propunha que, quando os interesses em jogo o justificassem, se permitisse que a necessidade de tornar imediatamente exigível uma dívida daquela natureza fundamentasse o pedido de separação judicial de bens e se procedesse à partilha do casal.

Não tendo a comunhão personalidade jurídica, não sendo um sujeito de direitos diferente dos cônjuges, no final, os créditos e débitos compensatórios serão pagos entre os cônjuges, verdadeiros titulares de direitos e obrigações. Porém, as compensações implicam a interferência da comunhão e, precisamente por esse facto, não podem ser imediatamente exigíveis. Com efeito, as compensações *stricto sensu* apenas existem nos regimes de comunhão, pois apenas aí se verificam transferências de bens e valores entre os patrimónios próprios dos cônjuges e o comum. A autonomia patrimonial (ainda que limitada) conferida à comunhão permite-lhe a imputação de certas compensações no momento da dissolução e partilha. Embora o pagamento dessas compensações se faça entre os cônjuges, é efectuado através das meações nos bens comuns, havendo a intervenção do património comum, e não uma relação directa entre patrimónios próprios dos cônjuges¹⁴⁶⁵.

¹⁴⁶⁴ Aceitamos, contudo, a sugestão, apresentada por Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 479, de *de jure condendo* alargar o regime do art. 825.º do Cód. de Processo Civil aos casos em que pareça justificado exigir imediatamente a compensação contra o património comum, como propôs Braga da Cruz, “Capacidade patrimonial dos cônjuges...”, *loc. cit.*, p. 414. Solução semelhante está prevista no art. 192.º, 4.º, do Cód. Civil italiano, que admite a antecipação do pagamento da compensação pelo juiz se o interesse da família o exigir ou consentir.

M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, *cit.*, p. 339, considera que, não obstante a lei remeter as compensações para o momento da liquidação e partilha da comunhão, tal não impede que “o legislador possa reconhecer, em certos casos, o direito de exigir compensações mesmo na vigência da comunhão de vida”.

¹⁴⁶⁵ Nesse sentido, Planiol/Ripert, *Traité pratique de Droit Civil français...*, *cit.*, vol. IX, p. 175, nota 4, ao dizerem que a existência de uma conta de compensações, no momento da liquidação da comunhão, só se justifica por a comunhão não ser uma indivisão ordinária. Se a comunhão não passasse de uma mera indivisão não haveria necessidade de regulamentar tal conta pois tudo

Por tudo isso, as compensações são remetidas para o momento da dissolução e partilha da comunhão, ou seja, entendendo o património comum como um património de afectação especial, como um património colectivo, de mão comum não podemos permitir a exigibilidade das compensações no decurso da comunhão. É também precisamente por isso que se permite que, no regime de separação, onde apenas existem créditos entre cônjuges e não existe um património comum, com uma natureza jurídica própria, os créditos e débitos entre cônjuges sejam imediatamente exigíveis¹⁴⁶⁶.

O facto de as compensações apenas serem determinadas e exigíveis no momento da liquidação e partilha comporta necessariamente um problema, o da depreciação monetária. Pense-se no caso de os bens comuns responderem por dívidas próprias de um dos cônjuges, ou de o produto da venda de um bem próprio ter sido utilizado na aquisição de um bem comum... Tal originará o surgimento de um crédito compensatório a favor ou contra o património comum. Se o pagamento de tal crédito se efectua no momento da liquidação e partilha, o património credor será prejudicado, sobretudo se passaram vários anos entre o nascimento da compensação e a sua satisfação, já que a incidência da depreciação monetária apresentará consequências consideráveis¹⁴⁶⁷. Todo o crédito de uma quantia em dinheiro, qualquer que seja a sua origem, perde uma parte do seu valor económico quando a moeda sofre depreciação. Os efeitos desfavoráveis da instabilidade monetária traduzem-se no favorecimento do cônjuge devedor, atribuindo um montante compensatório irrisório¹⁴⁶⁸.

se resolveria como créditos e débitos entre cônjuges. Ainda que a comunhão não possua personalidade jurídica, a lei considera o património comum como uma massa autónoma. Por isso, regula especificamente, como operação da liquidação e partilha, as compensações.

¹⁴⁶⁶ Se o regime supletivo fosse o da separação de bens, onde não existem compensações *stricto sensu* mas apenas créditos entre cônjuges, imediatamente exigíveis, não nos chocaria admitir a não regulamentação das compensações, ficando tal matéria à disposição dos cônjuges que, na convenção matrimonial, acordando num regime de comunhão, teriam de prever a questão das compensações, o que facilitaria, nomeadamente, o problema do seu cálculo e avaliação.

¹⁴⁶⁷ V., sobre a questão em análise da depreciação monetária e os seus reflexos em matéria de compensações, Charles Freyria, “Les moyens d’éviter, dans les contrats de mariage, les conséquences de la dépréciation de la monnaie”, *RTDC*, ano 49.º, 1951, pp. 331-352, A. Colomer, *L’instabilité...*, *cit.*, pp. 31 e segs. (onde se afirma que, mantendo-se estável a moeda, o equilíbrio do regime de comunhão é assegurado pelo mecanismo das compensações), M. Pedamon, *Les incidences de la réforme monétaire de 1948 sur le droit interne des obligations en Allemagne occidentale*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956, pp. 146-151, Savatier, *La communauté conjugale nouvelle...*, *cit.*, p. 153, e O. Vicente Torralba, “Las recompensas entre las masas patrimoniales y la depreciación monetaria”, *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, ano XLIV, n.º 484, 1971, pp. 553-564.

¹⁴⁶⁸ Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 481, referem não poder aceitar-se que o legislador preveja várias hipóteses de colaboração financeira entre os patrimónios, atendendo às relações de confiança e cooperação entre os cônjuges, e depois imponha compensações pelo valor nominal, impedindo que se atinja um reequilíbrio económico sério. Para mais, se o diferimento da exigibilidade encontra uma das razões na intenção de evitar litígios entre os cônjuges, o diferimento sem actualizações de valores será maior fonte de conflitos e de ressentimentos do que a exigibilidade imediata. Por fim, referem que “a regra do diferimento das

O Cód. Civil português, tal como os códigos civis de outros países, tentou encontrar um equilíbrio entre os patrimónios compensando todo o empobrecimento de um deles em proveito de outro, mediante o pagamento de uma soma em dinheiro. Para acautelar esse equilíbrio importa que o valor de referência, a moeda, seja estável. Se a moeda se deprecia, os créditos compensatórios desvalorizam-se e o equilíbrio rompe-se.

Se nos restringirmos à ideia do nominalismo monetário, a moeda não é afectada pelo factor tempo, mantendo-se inalterável o seu valor. Dada a desvalorização, qualquer crédito, cujo objecto seja o pagamento de uma soma em dinheiro, terá o seu valor invariavelmente fixado em moeda no dia do facto que lhe deu origem. Toda a compensação devida à ou pela comunhão pelo pagamento de dívidas será igual, em moeda, ao exacto valor que dela ou para ela se retirou. Ignora-se, com isto, que o espaço de tempo entre o surgimento da compensação e o momento da sua execução, na altura da liquidação e partilha da comunhão, pode ser significativamente longo, pressupondo uma moeda estável. O cônjuge que tenha utilizado fundos comuns, em prejuízo do seu cônjuge, para pagar dívidas próprias, obtém um proveito substancial em comparação com a compensação irrisória que deve à comunhão.

Tais desequilíbrios, graves por si só, podem até ser chocantes se forem propositados. Com efeito, o cônjuge mais hábil poderá gozar da desvalorização monetária, utilizando-a em seu favor, enquanto a comunhão e, indirectamente, o outro cônjuge, na sua meação, obtém apenas uma modesta compensação fixada pelo valor nominal abstracto e imutável.

A doutrina francesa apresentava alguns remédios para fazer face à desvalorização monetária: a) em virtude da crise monetária, todo o crédito em dinheiro corre o risco de sofrer desvalorizações, pelo que a solução mais radical seria eliminar, na medida do possível, toda a causa de créditos em dinheiro, substituindo-os por um direito real (o titular conserva um bem cujo valor é, em princípio, estável e em caso de depreciação monetária, o valor do bem, traduzido em moeda, acompanha essa evolução. Atribuir-se-ia ao cônjuge um direito de propriedade em vez de um crédito compensatório em dinheiro, optando-se por um regime de restituição em espécie (pelo mecanismo da sub-rogação real) e não em dinheiro); b) se esta eliminação do crédito não fosse possível, actualizar-se-ia o valor do crédito, passando a correcção por avaliar o crédito em dinheiro no dia da liquidação do regime matrimonial; c) nos casos de imperfeição do

compensações, associada ao princípio nominalista, não quadra bem com um regime que se mostra preocupado com a imutabilidade dos regimes de bens e com as fraudes que possam desequilibrar os valores dos três patrimónios”.

segundo sistema procurar-se-ia abandonar toda a referência ao padrão monetário no dia da constituição do crédito, sendo este fixado por comparação com o valor de certa quantidade de mercadorias, sempre constante, reavaliado no dia da execução e pagamento do crédito¹⁴⁶⁹.

Rejeitada a primeira solução, objecto de várias críticas, e verificando que o principal problema do diferimento das compensações para o momento da partilha é o de, face à instabilidade monetária, se avaliar as mesmas no dia do seu surgimento, tal inconveniente será evitado se a compensação for avaliada não nessa altura mas no momento da sua exigibilidade, ou seja, na altura da liquidação e partilha da comunhão. Daí a segunda solução apresentada.

A avaliação das compensações no momento em que se tornam exigíveis não constitui uma inovação. O art. 2109.º do nosso Cód. Civil¹⁴⁷⁰, em matéria sucessória, determinando o valor dos bens doados ao tempo da sua avaliação, ou seja, no momento da abertura da sucessão, consagra tal solução. Assim, o crédito compensatório deverá actualizar-se atendendo à depreciação monetária. Aquela solução pode defender-se para o direito matrimonial sempre que estejam em causa transferências de bens de um património para um outro. O valor do bem em causa, origem da compensação, deverá ser (re)avaliado no momento da liquidação e partilha da comunhão.

Pode acontecer que um bem cujo valor seja reavaliado sofra um aumento ou uma queda imprevista por determinadas circunstâncias. Um determinado bem próprio alienado no decurso do casamento cujo produto da venda foi absorvido pela comunhão pode ser objecto de um aumento de valor considerável e a comunhão deverá uma compensação com base neste último valor que, pelo seu montante, poderá arruiná-la. Por seu lado, a comunhão enriquecer-se-á, sem contrapartida, se o mesmo bem sofrer, no momento da liquidação, um descida significativa no seu valor. Certamente que o problema será evitado se se estabelecer um valor mínimo da compensação, como o preço de alienação do bem próprio absorvido pela comunhão. Mas esta solução, garantindo uma compensação mínima, não impede a subida exagerada do valor do bem,

¹⁴⁶⁹ V., Charles Freyria, *loc. cit.*, pp. 336 e segs., e Olivier KuhnMunch, *ob. e loc. cit.*, pp. 237-251. A doutrina espanhola, antes da Reforma de 1981, que introduziu a regra da actualização dos valores das compensações, havia também sugerido soluções para resolver o problema da depreciação monetária, nomeadamente, considerando as compensações como dívidas de valor (v., M.ª Teresa Martín Meléndez, *ob. cit.*, pp. 448-451).

¹⁴⁷⁰ Idêntica solução encontramos nos arts. 860.º do Cód. Civil francês, 1045.º do Cód. Civil espanhol, 750.º, 1.º, do Cód. Civil italiano, e § 2055.º, 2.º, do BGB, que dispõem que o que deve ser trazido à colação será o valor das coisas doadas no momento em que se avaliem os bens deixados.

a menos que se estabeleça um limite. A esse propósito, A. Colomer recusa ver qualquer injustiça por entender que o que se pretende é salvaguardar um poder de compra análogo ao que existia no momento da operação, o que coincide com o nosso entendimento¹⁴⁷¹. De facto, não haverá, nesses casos, um enriquecimento injustificado pois, apesar do aumento ou diminuição no valor do bem, o poder de compra será constante.

Mas outro problema se coloca se o que estiver em causa for um determinado montante em dinheiro, como acontece com o pagamento de dívidas, em que a compensação terá necessariamente de ser pelo menos igual ao montante desembolsado por um património para o pagamento de dívidas do outro. Aqui a questão será a de determinar o factor de referência da avaliação, ou seja, não há aí nenhuma referência a um bem determinado relativamente ao qual se reavale o seu valor¹⁴⁷². Há que encontrar um valor de referência para a actualização das compensações estando em causa o pagamento de dívidas do casal (ou, em geral, transferências de fundos ou dinheiro de um património para outro). Para a realização do equilíbrio necessário entre os patrimónios é fundamental haver uma regulamentação uniforme, isto é, que de forma geral se determine o momento de avaliação das compensações. Podemos, desde já e sem prejuízo de maior desenvolvimento e comparação com outros ordenamentos, afirmar que em nenhum artigo relativo às compensações o nosso Cód. Civil fixa tal momento. À partida, diríamos que a compensação seria avaliada à data do seu surgimento, com os problemas da desvalorização monetária que isso implica¹⁴⁷³.

¹⁴⁷¹ A. Colomer, *L'instabilité...*, cit., p. 238.

¹⁴⁷² P. ex.: um determinado bem próprio valia 1.000€. Foi alienado e o preço da venda foi absorvido pela comunhão. Nesta situação, a comunhão deverá uma compensação ao património próprio empobrecido pelo valor que o bem tem no momento em que se determina a compensação, ou seja, na altura da partilha. Há uma referência para a actualização da compensação: o bem.

No caso de pagamento de dívidas, há apenas uma soma em dinheiro (p. ex.: bens comuns responderam pelo pagamento de dívidas próprias de um dos cônjuges). A comunhão terá direito, no momento da partilha, a uma compensação. Face à desvalorização monetária, tal valor não poderá ser o montante em dinheiro pago no momento do surgimento do direito a uma compensação. A questão estará em determinar qual a referência para actualizar tal valor.

Pierre Catala, “Les effets de la dépréciation monétaire sur les rapports juridiques contractuels en droit civil français”, *Famille et patrimoine*, Paris, Puf, 2000, p. 49, chamando a atenção aos problemas da depreciação monetária nos casos de restituição de somas em dinheiro muito depois da causa que as originaram, considera que a solução passa pela indexação da dívida a certos índices de referência.

¹⁴⁷³ De notar que, no âmbito do art. 1681.º, quanto à administração dos bens do casal e responsabilidade do cônjuge administrador, as eventuais indemnizações existentes nesses termos são também diferidas para o momento da dissolução do casamento e aí são determinadas (e não no momento do facto violador que lhes deu origem), como defende a generalidade da doutrina (v., entre outros, Heinrich Ewald Hörster, “A Respeito da Responsabilidade Civil...”, *loc. cit.*, Ângela Cerdeira, *ibidem*, e Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 421), mesmo para as indemnizações devidas por violação dos deveres conjugais. Tal moratória visa evitar uma excessiva intervenção judicial na vida familiar e nos conflitos conjugais.

Foi atendendo a tais problemas que surgiu a terceira solução, considerando artificialmente um elemento de referência estável. Em vez de se visar a equivalência da compensação a um bem determinado que, naqueles casos, falta, assegura-se a correspondência do seu valor a outra moeda, a mercadorias ou a determinados índices¹⁴⁷⁴.

A prestação que se deve restituir, independentemente das flutuações monetárias, será estipulada não com base num quantitativo numérico fixo mas num montante em numérico proporcional à evolução e curso que terá uma dada mercadoria, uma dada divisa... Introduce-se um valor constante, independentemente das flutuações monetárias. O crédito compensatório conserva o seu objecto inicial, o pagamento de uma soma em dinheiro, dado que, no momento da exigibilidade da compensação, o valor de referência traduzir-se-á em moeda e poderá, por isso, exprimir em numérico o novo valor da compensação. Poderá, assim, adoptar-se como elemento de revalorização o curso de uma dada mercadoria ou um determinado índice pautado pelo jogo do mercado. Haverá aqui um amplo campo de aplicação dado que todo o crédito em dinheiro poderá ser apreciado em função de um valor padrão independente das variações monetárias.

É evidente que se, como admitimos, os cônjuges podem alterar, na convenção antenupcial, a forma de cálculo das compensações, também podem alterar a data da sua avaliação, fazendo-a coincidir com a da liquidação ou partilha da comunhão ou sujeitá-la a uma cláusula de salvaguarda no âmbito da convenção matrimonial. O problema estará quando nada estipularem¹⁴⁷⁵.

A solução contemplada hoje no art. 1697.º do Cód. Civil português quanto às compensações pelo pagamento de dívidas do casal resulta do anteprojecto de Braga da

¹⁴⁷⁴ A referência a certos índices, fazendo variar o montante exigível consoante as variações de um dado índice económico, pode ser convencionalizada pelas partes através de cláusulas de escala móvel, como refere Charles Freyria, *loc. cit.*, pp. 347-352, que poderá, porém, sofrer algumas críticas e envolver alguns riscos se o valor da mercadoria de referência não estiver em correlação exacta com a depreciação da moeda. V. também, A. Colomer, *L'instabilité...*, *cit.*, pp. 199 e segs., e, manifestando-se contra a aplicação de tais cláusulas aos regimes matrimoniais, pp. 248 e 249.

Quanto à validade das cláusulas de escala móvel, questão controvertida na doutrina francesa e que nos abtemos de analisar no âmbito deste estudo, v., entre outros, Michel Hubert, "Observations sur la nature et la validité de la clause d'échelle mobile", *RTDC*, ano 45.º, 1947, pp. 18-31, e J.-Ph. Lévy, "Clauses d'échelle mobile et prêts d'argent", *JCP* 1950.L840, que ligam a utilização frequente de tais cláusulas ao desejo de subtrair as relações jurídicas às flutuações da conjuntura económica.

¹⁴⁷⁵ Tratando-se de compensações que surgem no decurso da vida conjugal, o mais provável é os cônjuges não preverem essas situações. Para mais, e situando-nos no regime supletivo de comunhão de adquiridos, não nos parece que, tendo optado por não convencionalizar qualquer outro regime, os futuros cônjuges decidam realizar uma convenção matrimonial com o único objectivo de regular as compensações e evitar os problemas da desvalorização monetária. Porém, nada os impediria de, antecipadamente, fixarem cláusulas de actualização dos valores das compensações a aplicar na eventualidade delas surgirem. V., A. Colomer, *L'instabilité...*, *cit.*, pp. 220-224.

Cruz, encontrando a sua redacção definitiva no texto do Cód. Civil de 1966, não sofrendo qualquer alteração desde então. A contextualização social das compensações não era na altura a que encontramos hoje. A mentalidade da sociedade e do legislador estava estruturada de forma diferente da actual no que se refere aos problemas da estabilidade e depreciação monetárias. Assentando num pressuposto de estabilidade económica e monetária, o Cód. Civil, em 1966, não tinha necessidade de prever actualizações do valor das compensações¹⁴⁷⁶.

Nesse contexto, não havia razões para afastar o princípio do nominalismo, já que não acarretava a contrapartida das consequências danosas derivadas da depreciação monetária. Por isso, as compensações, ainda que apenas exigíveis no momento da partilha, seriam regidas pelo seu valor nominal. Simplesmente, hoje temos de atender às constantes flutuações da moeda e às suas inevitáveis desvalorizações. Admitir uma compensação pelo seu valor nominal, sem a respectiva actualização, seria permitir o enriquecimento de um património à custa de outro, frustrando-se o objectivo de equilíbrio pretendido. O nominalismo parte da ideia de que o dinheiro tem um valor constante o que, sendo correcto em momentos de estabilidade, é ilusório em épocas de crise.

Haverá que aferir se não encontramos no nosso Cód. Civil uma situação que sirva de base para a actualização das compensações, destruindo os efeitos prejudiciais da depreciação¹⁴⁷⁷.

¹⁴⁷⁶ Muito embora já na altura o tenha feito em matéria de colação nos termos do art. 2109.º, n.º 3, remetendo para a aplicação do art. 551.º. Do mesmo modo, Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, cit., vol. VI, p. 466, reportando-se ao Cód. de Seabra, referia que a liquidação da comunhão é referida, em princípio, à data da dissolução da sociedade conjugal porque, na maioria dos casos, segue-se a esse facto. Há casos, porém, em que a liquidação e partilha só se realizam alguns anos após a dissolução do casamento e, nessas situações, questiona-se qual a data a que deve referir-se a liquidação, na medida em que os bens sofrem aumentos e diminuições nos seus valores. O Cód. Civil de 1867 não dava resposta ao problema (tal como a não dá o Cód. Civil de 1966), mas a prática dos tribunais ia no sentido de se tomar em consideração os valores da época da liquidação, pois entendia-se ser necessário atender às oscilações da moeda, aplicando-se, por analogia, o previsto nos arts. 2107.º, § 5.º, e 2108.º.

Aliás, o próprio princípio do nominalismo foi introduzido numa época em que a inflação era praticamente inexistente. Entrou, porém, em crise a partir da 1.ª Guerra Mundial, altura em que se inicia um período de instabilidade das moedas europeias. V., Maria Clara Sottomayor, *ob. e loc. cit.*, pp. 554 e 555. Considera a autora que actualmente a Europa vive uma fase de estabilização monetária, mantendo-se a inflação controlada, mas isso não afasta a possibilidade de ocorrência futura de fenómenos que alterem substancialmente o valor da moeda. E em momentos de crise económica o princípio nominalista relativamente às restituições em dinheiro foi afastado por alguma jurisprudência europeia, como a alemã, como dá conta a mesma autora (p. 561, nota 34).

¹⁴⁷⁷ A necessidade de actualização dos valores para evitar soluções injustas é também analisada, noutro contexto, por Maria Clara Sottomayor, *ob. e loc. cit.*, pp. 547-606, a propósito da não actualização da obrigação de restituir o preço decorrente de um contrato declarado nulo.

Também Pinto Monteiro, "Inflação e Direito Civil", in AAVV, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer-Correia. Número especial do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. II, Coimbra, 1989, p. 884, critica o

Estando em causa nas compensações, e, em especial, nas compensações pelo pagamento das dívidas do casal, uma prestação pecuniária constituída não por *bens de consumo* mas por espécies *simbólicas* ou *convencionais*¹⁴⁷⁸ que são um instrumento geral de trocas, o problema que se suscita é o de saber se, no momento do cumprimento, o património devedor da compensação fica adstrito a uma prestação idêntica à prestação fixada no momento do surgimento da compensação ou se essa prestação deverá ser actualizada por forma a facultar ao património credor da mesma um poder aquisitivo real tão aproximado quanto possível do que a prestação lhe proporcionaria no momento em que se constituiu o facto gerador da compensação.

Na parte geral do Direito das Obrigações, o princípio nominalista ou da não actualização encontra expressão no art. 550.^{o1479}, reconhecendo-se, desde logo, às partes a faculdade de escolherem o regime que entenderem na determinação do objecto da prestação, nomeadamente, através da inserção de cláusulas de actualização adequadas, sobretudo em períodos de mais acentuada instabilidade monetária. Adaptando tal entendimento ao direito patrimonial matrimonial, admitimos que os cônjuges possam prever tais cláusulas nas convenções matrimoniais, prevendo actualizações das eventuais compensações a existir no momento da partilha da comunhão.

princípio do nominalismo dado que, em épocas de inflação, desprotege o credor, destrói o equilíbrio contratual, favorece os grandes devedores (como o Estado e as grandes empresas) e cria insegurança no comércio jurídico.

A mesma preocupação em encontrar solução legal na falta de regulamentação específica tinha O. Vicente Torralba, *loc. cit.*, pp. 560-564, antes da Reforma de 1981, que fixou a actualização do valor das compensações no direito espanhol.

¹⁴⁷⁸ Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10.^a ed., Coimbra, Almedina, 2000, p. 852. V. também, Vaz Serra, “Obrigações pecuniárias”, *BMJ*, n.º 52.º, 1956, pp. 5 e segs. e pp. 46 e segs., Manuel de Andrade, *Teoria Geral das Obrigações*, com colab. de Rui de Alarcão, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 1966, pp. 215 e segs., Pereira Coelho, *Obrigações – sumários das lições ao curso de 1966/67*, policopiado, Coimbra, 1967, pp. 131 e segs., Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, vol. I, Lisboa, AAFDL, 1980, pp. 350-355, Pinto Monteiro, *ob. e loc. cit.*, pp. 881 e 882, Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 9.^a ed., Coimbra, Almedina, 2001, pp. 681 e segs., e Jorge Ribeiro de Faria, *Direito das Obrigações*, vol. II, reimpressão, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 209 e segs.

¹⁴⁷⁹ V., no mesmo sentido, os arts. 1895.º do Cód. Civil francês e 1277.º do Cód. Civil italiano. Também o ordenamento alemão consagra o princípio do nominalismo monetário, condicionando a validade das cláusulas de indexação ou de salvaguarda à autorização prévia do *Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle*, competência conferida pela primeira Lei sobre a Introdução do Euro (*1. Euroeinführungsgesetz – 1. EuroEG*) e pelo § 7.º da *PreisKlauselverordnung (PrKV)*, de 23 de Setembro de 1998 (tal autorização era anteriormente, e de acordo com o § 3.º, 2.ª parte da *Währungsgesetz*, conferida pelo Banco Central).

Manuel de Andrade, *Teoria Geral das Obrigações*, *cit.*, pp. 232 e 233, apresenta algumas razões justificativas do princípio nominalista, nomeadamente, a de a consagração de tal princípio evitar as dificuldades de apreciação do coeficiente exacto da desvalorização ou valorização da moeda entre o momento da constituição e o do cumprimento da obrigação, bem como o de evitar injustiças relativas à aplicação dada aos bens ou às somas devidas. Acresce que a actualização das prestações pecuniárias introduziria um elemento de forte perturbação da vida económica e jurídica, pois o valor do dinheiro é susceptível de alterações constantes que dariam origem a reajustamentos (cfr., Vaz Serra, “Obrigações...”, *loc. cit.*, pp. 50 e segs.).

Na falta de estipulação das partes, na ausência de “cláusulas de salvaguarda”¹⁴⁸⁰, consagra-se o princípio nominalista, mandando-se efectuar o pagamento em moeda corrente e atendendo ao valor nominal da moeda na data do cumprimento, independentemente de eventuais desvalorizações monetárias que tenham ocorrido, correndo a inflação por conta do credor e não do devedor (como seria se se admitisse a actualização do valor). Assim, aplicando tal princípio no âmbito das compensações pelo pagamento de dívidas do casal, se a compensação¹⁴⁸¹ surge pelo pagamento de uma dívida no valor de 5.000€, será efectuada pela entega (ou imputação) do mesmo valor de 5.000€ ao património empobrecido e credor da compensação, seja qual for o coeficiente de valorização ou desvalorização que a moeda tenha sofrido entre o momento do seu surgimento e o momento da sua liquidação e pagamento.

O princípio do nominalismo representa o critério mais cómodo, mas há casos em que a lei, independentemente de qualquer estipulação das partes, se afasta de tal princípio e manda actualizar a prestação ou permite que a actualização se faça em determinados termos. O nominalismo é, portanto, atenuado pelo princípio da indexação ou correcção monetária, ou seja, teremos obrigações indexadas, actualizáveis em função de alterações monetárias e do índice geral dos preços.

Abstraindo-nos de outros casos em que se prevêem tais actualizações¹⁴⁸², o art. 2109.º, n.º 3, manda actualizar as doações em dinheiro sujeitas a colação, bem como os encargos em dinheiro que as onerem e forem cumpridos pelo donatário. Na base de tal actualização está o mesmo entendimento que justifica a colação, ou seja, doando certos bens a algum dos descendentes, o ascendente quis antecipar, no todo ou em parte, o quinhão sucessório do donatário, e não beneficiá-lo quanto à partilha, em prejuízo dos outros descendentes. Não pode esquecer-se que a soma doada a um descendente em vida do doador pode não ter o mesmo valor que igual soma atribuída aos outros no

¹⁴⁸⁰ Aliás, e em geral, as cláusulas de indexação encontram entre nós dificuldades de aplicação, dado que contrariam todo um sistema não adaptado à inflação que se iniciou em 1973. V., Menezes Cordeiro, *ob. cit.*, vol. I, p. 352, nota 61.

¹⁴⁸¹ Importa referir que só o saldo das contas de compensações será devido, o que envolve a contabilização de todas as compensações surgidas no decurso do regime matrimonial. Aqui, porém, analisamos apenas o caso das compensações devidas pelo pagamento das dívidas do casal e, portanto, é a estas que particularmente nos referimos, procurando saber se uma dada compensação que surge em virtude de uma transferência isolada de valores de um património para o outro, com vista ao pagamento de dívidas, e apurada no momento da liquidação e partilha como a única compensação devida, resultado de tal operação, deverá ter o seu valor actualizado ou pagar-se pelo valor que serviu para efectuar o pagamento da dívida. É evidente que, na prática e no final, a contabilização, cálculo e avaliação das compensações será muito mais complexa, na medida em que se atenderá a todos os factos geradores de uma compensação entre patrimónios, e não apenas decorrente do pagamento isolado de uma dívida, procurando, de alguma forma, actualizar todos os seus valores e só o saldo, apurado no final, será exigido e pago.

¹⁴⁸² Cfr. os arts. 567.º, 1077.º e 2012.º do Cód. Civil. V., Antunes Varela, *Das Obrigações...*, *cit.*, pp. 856-858.

momento da morte do ascendente. Por isso, deverá actualizar-se o valor da doação, bem como, para não prejudicar o donatário, os encargos em dinheiro por ele satisfeitos, quando aquela tenha tido por objecto uma soma em dinheiro¹⁴⁸³.

Pelas mesmas razões se prescreve a actualização das tornas em dinheiro, no caso de partilha em vida, quando o seu pagamento não seja logo efectuado (cfr. o art. 2029.º, n.º 3). Também aqui o presuntivo herdeiro legitimário que recebeu bens ficaria beneficiado perante os outros, se não fosse actualizada a prestação pecuniária a que ficou adstrito em virtude da partilha.

Atendendo ao exposto, não podemos deixar de defender a actualização das compensações devidas pelo pagamento das dívidas do casal. Traduzindo uma obrigação pecuniária, um valor monetário que apenas é exigido no momento da partilha da comunhão, tal valor terá de ser actualizado, sob pena de se agravar o enriquecimento de um património em detrimento de outro, não restaurando o equilíbrio necessário¹⁴⁸⁴.

Se se prevêem actualizações no art. 2109.º, n.º 3, o mesmo devemos defender, nos termos do art. 1697.º, para as compensações¹⁴⁸⁵. Actualmente, se considerarmos que a

¹⁴⁸³ Como referem Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil...*, cit., vol. I, p. 560, com aquela actualização pretende a lei manter o valor aquisitivo da prestação em relação à generalidade das mercadorias ou em relação ao conjunto de mercadorias que são tomadas em conta na determinação ponderada dos índices dos preços. Se a prestação era de 100, deverá pagar-se não 100, mas o necessário para adquirir a quantidade de mercadorias que no momento da constituição da obrigação se adquiria por 100. V. também, João António Lopes Cardoso, *Partilhas Judiciais*, vol. II, Coimbra, Almedina, 1990, pp. 12-21.

¹⁴⁸⁴ No mesmo sentido da actualização parece apontar uma análise atenta do art. 1682.º, n.º 4, e da sua evolução legislativa. Aí se determina a existência de uma compensação no caso de um dos cônjuges, sem consentimento do outro, alienar ou onerar, por negócio gratuito, móveis comuns de que tem a administração. A actual redacção do artigo refere que, nesses casos, será o *valor dos bens* alheados ou a *diminuição de valor* dos onerados levado em conta na meação do cônjuge (salvo tratando-se de doação remuneratória ou de donativo conforme aos usos sociais).

Esta disposição corresponde, com alterações, aos arts. 1118.º e 1128.º do Cód. de Seabra e ao art. 1682.º, n.º 1, 2.ª parte, do Cód. Civil, na redacção de 1966. Porém, não se referia aí o *valor dos bens*, mas a *importância dos bens*, sugerindo o montante pelo que foram alienados, e não o seu valor no momento da liquidação e partilha, altura em que se apura a meação do cônjuge devedor. A redacção da Reforma de 1977, e actual, acompanhando uma alteração no âmbito da administração dos bens do casal, no sentido de uma visão igualitária entre os cônjuges, procurando o equilíbrio entre os diferentes patrimónios, alude a um valor actualizado dos bens em causa como referência do montante da compensação. Estamos perante dívidas de valor, cujo montante, traduzido em dinheiro, apenas se concretizará no momento da liquidação e partilha da comunhão, fugindo ao princípio do nominalismo e às desvalorizações monetárias.

¹⁴⁸⁵ Pires de Lima/Braga da Cruz, *ob. cit.*, p. 154, equiparavam a conferência de bens, nos termos do art. 1123.º do Cód. de Seabra, à colação então prevista no art. 2098.º, o que indicia o escopo comum dos dois institutos. Aliás, já à luz do Cód. de Seabra, o entendimento era o da aplicação dos arts. 2107.º, § 5.º, e 2108.º, por forma a permitir uma actualização do valor dos bens. O recurso à regra da colação, aplicando-se à liquidação da comunhão, era também utilizado no direito espanhol, por Cossío Y Corral, *apud* M.ª Teresa Martín Meléndez, *ob. cit.*, p. 448. Ainda que, na altura, resultasse do art. 1405.º do Cód. Civil espanhol que deveria compensar-se os valores reportados ao momento em que se realizou o gasto e não no momento da liquidação, entendia o autor que, para evitar os danos da depreciação monetária, era necessário interpretar a referida norma no sentido de que o momento da avaliação deveria reportar-se à morte do doador e não ao momento da doação.

regra é a do nominalismo, prevista no art. 550.º, e que os artigos que prevêm actualizações dos valores, para efeitos do art. 551.º, se apresentam como “*ius singulare*”, isto é, como um regime oposto ao regime regra, não podemos recorrer à aplicação analógica, por as normas excepcionais a não comportarem - art. 11.^{o1486}.

Porém, o facto de se não permitir a analogia, não exclui a interpretação extensiva¹⁴⁸⁷. Podemos entender que a norma reguladora das compensações (art. 1697.º) se situa dentro do mesmo contexto ou âmbito de matéria jurídica em que se situa a norma da colação (art. 2019.º, n.º 3), pelo que haverá uma aplicação directa desta última por interpretação extensiva. Porém, mesmo que assim não se entenda¹⁴⁸⁸, não será talvez de afastar a aplicação analógica do art. 2109.º, n.º 3, de forma a permitir a actualização das compensações pelo pagamento de dívidas do casal¹⁴⁸⁹.

Muito embora o art. 2109.º, n.º 3, permitindo uma actualização dos valores das doações, seja apresentado como uma excepção ao princípio do nominalismo, duvidamos do seu carácter excepcional. É que a regra prevista no art. 2109.º é a da actualização do

O critério de aferição dos valores na partilha sucessória e na partilha da comunhão deve ser o mesmo. Não se compreenderia que, p. ex., no caso de uma doação feita pelo cônjuge administrador, casado em regime de comunhão de adquiridos, a um filho, utilizando dinheiro obtido no exercício da sua actividade profissional (arts. 1678.º, n.º 2, al. a), e 1682.º, n.º 4), a mesma se considerasse pelo seu valor actualizado para efeitos de colação (art. 2109.º, n.º 3) e pelo seu valor nominal no âmbito da partilha da comunhão, com vista à determinação das devidas compensações. O mesmo é referido por Pamplona Corte-Real, *ob. cit.*, pp. 41 e 42, ao referir o alheamento do legislador do Direito da Família quanto a critérios de valorização dos bens na partilha, diferentemente do que ocorre em matéria sucessória. Enquanto que em matéria sucessória o legislador preocupa-se com a avaliação dos bens hereditários (arts. 2162.º e 2109.º, n.º 3), na partilha do património comum atender-se-ia, na falta de estipulação legal, ao momento da efectivação dos actos conjugais em causa. Na nota 56 escreve o autor que “[é] realmente no mínimo perplexizante, em termos de filosofia do sistema, que a partilha do património comum do casal possa não obedecer a critérios valorimétricos similares aos sucessoriamente acolhidos. É um facto que a referida partilha da comunhão conjugal não tem por causa apenas a morte. Mas, sendo este o caso, das duas, uma: ou se admite um critério de valorização específico para tal situação, por consunção sucessória; ou se aplicariam regras distintas na partilha conjugal, primeiro, e na partilha hereditária depois (...), solução igualmente indesejável do ponto de vista técnico”.

¹⁴⁸⁶ Muito embora, no projecto de Código Civil de 1966, Manuel de Andrade não atribuisse valor absoluto a tal proibição. Aí se refere que “(...) em princípio, as normas excepcionais não comportam extensão analógica (...)”. Cfr. Manuel de Andrade, “Fontes de Direito. Vigência, interpretação e aplicação da lei”, *BMJ*, n.º 102.º, 1961, p. 145 e pp. 151 e 152. V. também, K. Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. de José Lamego, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, s.d., p. 427.

¹⁴⁸⁷ Aquilo que separa a interpretação extensiva da aplicação analógica está no facto de a primeira estender a aplicação da norma a casos não previstos pela sua letra mas compreendidos pelo seu espírito (J. Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, 1993, p. 193), ao passo que a segunda leva a aplicar a norma mesmo a situações que já nem sequer são abrangíveis no seu “espírito”. “Só a interpretação extensiva seria sugerida, justificada e postulada pela *valoração* da norma (...); a aplicação analógica, essa seria sugerida e justificada pelo *paralelismo* dos problemas ou questões, por um lado, e postulada pela unidade e coerência do *sistema* (e não logo pela *valoração* particular de certa norma, como acolá), por outro” (J. Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 1992, p. 101).

¹⁴⁸⁸ Com efeito, é o paralelismo da questão posta pelo caso omissis, a actualização das compensações, com a questão posta pelo caso directamente regulado (actualização das doações em dinheiro sujeitas a colação) que conduz ao preenchimento de tal lacuna através de uma valoração idêntica e duma norma paralela, colocando-nos no campo da analogia.

¹⁴⁸⁹ V., Cristina M. Araújo Dias, *Compensações devidas pelo pagamento de dívidas...*, *cit.*, pp. 224 e segs.

valor dos bens sujeitos a colação. O seu n.º 1 determina que o valor dos bens doados é o que eles tiverem à data da abertura da sucessão. O n.º 3 do mesmo artigo mais não faz que aplicar essa regra às doações em dinheiro, especificando a sua actualização nos termos do art. 551.º. Sendo assim, apresentando-se o art. 2109.º, n.º 3, como norma geral nada há que impeça a sua aplicação por analogia à matéria das compensações. Por isso, tal como se prevêem actualizações no art. 2109.º, n.º 3, também será de as admitir em matéria de compensações pelo pagamento de dívidas do casal por o escopo das normas ser o mesmo: salvaguarda do equilíbrio patrimonial.

A colação, tal como as compensações, traduz uma restituição de bens ou valores, com vista à igualação da partilha, salvaguardando um equilíbrio patrimonial. O objectivo do art. 2109.º, n.º 3, é o de evitar o enriquecimento de um descendente face aos outros; o escopo das compensações do art. 1697.º é o de restaurar o equilíbrio entre os patrimónios eventualmente quebrado no decurso da vida conjugal, evitando o enriquecimento de um património à custa do empobrecimento de outro.

Além disso, e ainda que o art. 1689.º o não preveja expressamente, admitindo que as regras da partilha sucessória (arts. 2101.º e segs.) se aplicam, por analogia, à partilha da comunhão, podemos, também por aí, defender a aplicação do art. 2109.º, n.º 3, à matéria das compensações nos regimes de comunhão.

Aliás, para além das excepções ao princípio do nominalismo monetário admitidas expressamente por lei, deve entender-se que as prestações pecuniárias podem ser actualizadas por alteração das circunstâncias, quando o princípio da boa fé o justifique (arts. 437.º e segs.)¹⁴⁹⁰.

Acresce ainda aos argumentos já referidos, o facto de o dever de compensação pelo pagamento de dívidas do casal constituir uma obrigação não autónoma, pelo que só se

¹⁴⁹⁰ V., Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil...*, cit., vol. I, p. 560. Como refere Manuel de Andrade, *Teoria Geral das Obrigações*, cit., p. 244, ainda que afaste essa hipótese (admitindo-a, v., Vaz Serra, “Obrigações...”, loc. cit., p. 198), poderá valer como alteração das circunstâncias “uma subsequente e profunda desvalorização ou revalorização da moeda”. Também contra, Pereira Coelho, *Obrigações...*, cit., pp. 134 e 135, que, contudo, não deixa de admitir outras hipóteses de actualização para além daquelas expressamente previstas na lei, ao dizer que, nesses casos, a actualização já resultaria dos princípios gerais, tendo “a lei querido apenas estabelecer, por se tratar de matérias de maior interesse social ou mais frequente aplicação prática, a medida em que justamente tais prestações pecuniárias poderiam actualizar-se”. Como entende Pinto Monteiro, *ob. e loc. cit.*, pp. 887 e 888, a actualização por alteração das circunstâncias apenas se verificará no caso de “imprevista queda ou ruína da moeda, ou de uma súbita e anormal alteração do índice de desvalorização monetária (...)”.

Analisando os desvios ao princípio do nominalismo monetário, Jorge Ribeiro de Faria, *ob. cit.*, vol. II, p. 223, aponta no mesmo sentido do texto, a propósito da indemnização de perdas e danos quando esta revista a forma de renda. Dado que a renda visa repor o lesado na situação em que ele se encontraria se não tivesse ocorrido a lesão, o legislador não podia abstrair-se da alteração das circunstâncias com reflexo sobre o montante da renda prescrita. “Fechar os olhos a uma alteração desta natureza, traduzir-se-ia em esvaziar de sentido útil a indemnização arbitrada”. Daí a necessidade de actualização.

encontraria sujeita à disciplina geral das relações obrigacionais e, neste caso, ao princípio do nominalismo do art. 550.º, naquilo que fosse compatível com a natureza das relações jurídicas em que se funda. Há, contudo, uma incompatibilidade entre o art. 550.º e a natureza das relações jurídicas familiares, afastando, portanto, a obrigação de compensação do princípio do nominalismo¹⁴⁹¹.

Pode ainda argumentar-se no sentido de que as compensações consubstanciam uma obrigação legal, sendo o art. 550.º de aplicar apenas às obrigações contratuais, o que exclui as compensações do seu campo de aplicação. De facto, e como refere Maria Clara Sottomayor, a propósito da obrigação de restituição do preço decorrente de invalidade do contrato, deve excluir-se a aplicação do princípio do nominalismo relativamente aos débitos não negociais, em que as partes não puderam efectuar qualquer escolha¹⁴⁹². Adaptando ao nosso tema, podemos também afirmar que, tratando-se de obrigações legais, que têm por fonte a lei e não o contrato, como acontece com as compensações pelo pagamento de dívidas do casal, não é possível aos cônjuges prevenirem-se contra a desvalorização monetária verificada durante o período que decorre entre a data da constituição da obrigação de compensação e a data da sua exigibilidade. As compensações constituem uma obrigação legal destinada a repor o equilíbrio patrimonial quebrado no decurso do regime de bens. A este entendimento não obsta o facto de os cônjuges poderem prever cláusulas de indexação, nas convenções matrimoniais, prevenindo-se contra a depreciação da moeda, prevendo actualizações das eventuais compensações a existir no momento da partilha da comunhão, bem como, no caso de a moeda ter sofrido uma diminuição considerável no seu valor em virtude da inflação, invocarem uma alteração das circunstâncias contratuais ao abrigo do art. 437.º. De facto, podem os cônjuges estipular tais cláusulas ou invocar tal alteração das circunstâncias em relação à dívida que um tenha face à comunhão ou esta face àquele resultante de transferências patrimoniais ocorridas entre os diferentes patrimónios. Mas as compensações entre os patrimónios não são, à luz da actual regulamentação, uma obrigação contratual que os cônjuges contraem quando celebram o casamento ou se sujeitam ao regime de comunhão. Trata-se efectivamente de uma obrigação que a lei estipula para restabelecimento do equilíbrio patrimonial. Para alcançar tal finalidade a

¹⁴⁹¹ V., Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Direito das Obrigações*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 20 e 21 e nota 29.

¹⁴⁹² Maria Clara Sottomayor, *ob. e loc. cit.*, p. 572. V. também, excluindo do princípio nominalista as dívidas não negociais, T. Ascarelli, *Obbligazioni pecuniarie. Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, sob a direcção de Scialoja/Branca, livro IV, Bologna/Roma, Nicola Zanichelli Editore/Soc. Ed. del Foro Italiano, 1959, p. 153, e Adolfo Di Majo, “Obbligazioni pecuniarie”, in AAVV, *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXIX, Milano, Giuffrè Editore, 1979, p. 237.

quantia entregue a título de compensação deverá representar, no momento da sua exigibilidade, o mesmo valor ou poder aquisitivo que tinha no momento do seu surgimento.

Poderíamos até ir mais longe. Das obrigações pecuniárias comuns distinguem-se as dívidas de valor, às quais não se aplica o princípio nominalista. Trata-se de dívidas que não têm directamente por objecto o dinheiro, mas a prestação correspondente ao valor de certa coisa, sendo o dinheiro apenas um ponto de referência de liquidação e pagamento da prestação. Não se pretende directamente atribuir ao credor o valor incorporado nas espécies monetárias que perfaçam, pelo seu valor nominal, determinado montante. Visa-se também proporcionar ao credor a aquisição de um valor, sendo a sua liquidação efectuada em dinheiro. A fixação do montante da prestação opera-se num momento ulterior à constituição da obrigação e mais próximo da época do cumprimento¹⁴⁹³.

Poderíamos considerar, assim, as compensações como dívidas de valor, cujo montante, traduzido em dinheiro, apenas se concretizará no momento da liquidação e partilha da comunhão, fugindo ao princípio do nominalismo e às desvalorizações monetárias. A quantia em que se concretiza o crédito compensatório deverá actualizar-se de forma a que, quando se efectue o seu pagamento, se entregue o valor que representa essa quantia, mas não a mesma quantia que deu origem à compensação. Permitir-se-ia escapar à fragilidade dos créditos em dinheiro em períodos de instabilidade monetária.

Contudo, não nos parece que, no caso de compensações pelo pagamento de dívidas do casal, estejamos perante dívidas de valor, uma vez que elas se traduzem, à partida, por um montante pecuniário e será esse o objecto da prestação¹⁴⁹⁴.

¹⁴⁹³ Sobre o critério de identificação da dívida de valor no direito italiano (*debito di valore*), v., Enrico Quadri, “Le obbligazioni pecuniarie”, in AAVV, *Trattato di diritto privato*, cit., sob a direcção de Pietro Rescigno, vol. IX, tomo I, pp. 471-474.

¹⁴⁹⁴ Como escreve Pereira Coelho, *Obrigações...*, cit., pp. 132 e 133, no caso de dívidas de valor, “não é dinheiro que o devedor deve ao credor mas determinados bens reais, só intervindo aí o dinheiro a título de meio de determinação do *quantum* da prestação ou de meio para a respectiva liquidação (...). O que o devedor deve é o valor daqueles bens reais, de modo que se esse valor aumenta (...) deve ser correspondentemente actualizada a respectiva obrigação”. De igual modo se pronuncia Vaz Serra, “Obrigações pecuniárias”, *loc. cit.*, p. 152, referindo que as dívidas de valor compreendem as dívidas cuja finalidade é fazer entrar no património do credor uma determinada quantidade de bens reais (que lá estavam antes ou que, não estando, nele devam entrar) e que, não tendo por objecto dinheiro, são convertidas em dinheiro que substitui aqueles bens.

Numa outra perspectiva, Enrico Quadri, “Le obbligazioni pecuniarie”, *ob. e loc. cit.*, pp. 474-476 e pp. 481-484, refere que a técnica da dívida de valor tem dado lugar a outros mecanismos que atenuam a dificuldade e a incerteza que caracterizam, dada a necessidade de liquidação, o funcionamento da dívida de valor. Na obrigação de reembolso será preferível sujeitar o seu valor ao andamento do preço de um bem do que considerá-la dívida de valor a liquidar no momento do pagamento. Também Vaz Serra,

Se a consideração das compensações como dívidas de valor até pode ter fundamento e bons resultados práticos estando em causa aquisições ou disposições de bens¹⁴⁹⁵, torna-se um pouco forçoso admiti-la no caso de pagamento de dívidas onde, desde o início, é um valor pecuniário que está em causa. A solução passará por, considerando-as simples obrigações pecuniárias, permitir a sua actualização, afastando o princípio nominalista a que, em princípio, estariam sujeitas.

Em todo o caso, mesmo nas dívidas de valor, uma vez fixado o montante da obrigação em dinheiro, no momento da liquidação e partilha, é o património credor da compensação que passa, a partir daí, a sofrer os riscos das oscilações do valor da moeda, tal como na generalidade das obrigações pecuniárias (sujeita, contudo, a partir daí a juros moratórios, nos termos do art. 806.º).

Isso assente, resta saber como se procederá a actualização das compensações, na ausência de regulamentação expressa.

Quer socorrendo-nos indirectamente do art. 2109.º, n.º 3, quer utilizando directamente o art. 551.º, que regula a actualização das obrigações pecuniárias, devemos atender aos índices dos preços, de modo a restabelecer, entre a prestação compensatória e a quantidade de mercadorias a que ela equivale, a relação existente na data em que a compensação surgiu¹⁴⁹⁶. Não se mencionam quais os índices de preços atendíveis, devendo utilizar-se os números-índices elaborados periodicamente pelo Instituto Nacional de Estatística^{1497 1498}.

“Obrigações...”, *loc. cit.*, pp. 36 e 37, reportando-se ao sistema alemão, defende que se deve, sob o ponto de vista do nominalismo, encontrar meios e processos para evitar soluções injustas.

Admitindo a ideia de dívida de valor às dívidas de dinheiro como as compensações, v., M.ª Teresa Martín Meléndez, *ob. cit.*, pp. 454-458.

¹⁴⁹⁵ Foi o que se procurou fazer no art. 1469.º, 3.º, do Cód. Civil francês, ao separar o valor da obrigação da sua expressão monetária de forma a avaliá-la no momento da sua execução (tal como no art. 192.º, 2.º, do Cód. Civil italiano). V., Françoise Chapisat, *loc. cit.*, p. 656. Veja-se também o art. 1682.º, n.º 4, do nosso Cód. Civil.

¹⁴⁹⁶ Actualiza-se a prestação pecuniária por forma a restaurar o seu valor aquisitivo originário, considerando-se atendíveis para tal efeito os preços das mercadorias. As mercadorias seleccionadas para a fixação do nível dos preços são as que mais influem no curso da vida da generalidade da população, procurando obter-se a média ponderada dos preços, mediante a introdução de coeficientes que traduzem, de algum modo, a interferência de cada uma dessas mercadorias no custo geral de vida – Antunes Varela, *Das Obrigações...*, *cit.*, p. 861. Ainda que só de modo aproximado tais índices traduzam a medida do poder de aquisição, são o meio mais seguro de apreciar a evolução dos preços e, portanto, o poder aquisitivo da moeda.

¹⁴⁹⁷ O Instituto Nacional de Estatística publica vários índices de preços que tomam como ponto de referência determinado ano. O nível geral dos preços nos anos subsequentes é dado por um número que exprime a variação ou evolução geral dos preços.

Com vista à actualização de uma dada prestação pecuniária, deverá tomar-se em consideração, no índice de preços ao consumidor, o número referente ao tempo da constituição da obrigação e o último publicado, estabelecendo-se o devido confronto entre eles (Vaz Serra, “Obrigações...”, *loc. cit.*, pp. 22 e segs. e pp. 67 e segs., e Manuel de Andrade, *Teoria Geral das Obrigações*, *cit.*, pp. 249 e segs.).

¹⁴⁹⁸ O direito francês, remetendo, tal como o direito português, as compensações para o momento da liquidação e partilha da comunhão, deparou-se com os problemas da depreciação monetária: o mecanismo das compensações poderia ser afectado pela impossibilidade de as exigir no decurso do regime matrimonial e de se remontar à data do surgimento para o cálculo do seu montante. Desde cedo, a doutrina francesa, como vimos, procurou encontrar soluções com vista à resolução de tal problema, de forma a permitir actualizações dos valores das compensações, evitando o enriquecimento de um património à custa de outro.

A Lei n.º 65-570, de 13 de Julho de 1965, esforçou-se por melhorar o método de cálculo e avaliação das *récompenses* sem que, contudo, tivesse conseguido eliminar todos os danos provocados pela depreciação da moeda. A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, p. 473, entende ser excessivo acreditar na total eficácia do mecanismo previsto na lei para tentar atenuar os danos da depreciação monetária. Os remédios procurados contra as desvalorizações da moeda podem demonstrar-se perigosos se não forem susceptíveis de uma aplicação geral (note-se que o § 3.º do art. 1469.º do Cód. Civil francês limita-se aos casos de aquisição, conservação ou melhoramento de bens), podendo conduzir a que o desequilíbrio patrimonial que se pretende corrigir seja, no final, agravado. P. ex.: para o pagamento de uma dívida própria da mulher, os cônjuges, em 1970, utilizaram 20.000F do património comum. Um ano mais tarde a mulher herda uma soma em dinheiro no valor de 20.000F que os cônjuges utilizam no aumento de um prédio comum de uso agrícola. No fim da comunhão, teremos de ter em consideração duas somas que darão origem a compensações: a primeira em benefício da comunhão e a segunda a favor da mulher. Trinta anos mais tarde a comunhão termina. A compensação a favor da comunhão permanece igual a 20.000F, soma que, entretanto, sofreu o golpe da erosão da moeda, mas que se mantém pois não se aplica, neste caso, o § 3.º do art. 1469.º do Cód. Civil francês. Pelo contrário, aplicar-se-á o referido § 3.º no caso da compensação a favor da mulher, o que permitirá atender a um valor actualizado.

Antes de 1965, afastadas as benfeitorias úteis suportadas pela comunhão em benefício de um património próprio, onde se admitia que a compensação fosse igual à mais fraca das duas somas representadas pela despesa feita e a mais valia subsistente na altura da cessação do regime matrimonial, o princípio era o de que a compensação tinha o seu valor cristalizado em termos monetários no dia em que se verificou o facto que lhe deu origem.

Ficava, em consequência, desvirtuada a teoria das compensações devido à depreciação monetária: obrigado a esperar pelo momento da liquidação da comunhão, o credor da compensação veria o valor real do seu direito desaparecer com o decurso dos anos, tal como os créditos compensatórios eram contabilizados em moeda de valor corrente mas de valor económico diferente.

A intervenção do legislador francês impôs-se como necessária regulando o método de cálculo e avaliação das compensações no art. 1469.º do Cód. Civil francês, em 1965. A Reforma de 1985 veio aperfeiçoar o sistema, introduzindo uma nova redacção ao § 3.º do art. 1469.º do Cód. Civil francês, permitindo o cálculo do lucro ao dia da liquidação e não da dissolução da comunhão o que permite uma maior actualização dos valores das compensações, ao calculá-los no dia mais próximo do seu pagamento, ainda que continue a aplicar-se apenas aos casos de aquisição, conservação e melhoramento de bens.

No caso de compensações pelo pagamento de dívidas, o problema da desvalorização monetária não é resolvido pela lei, sendo que a compensação corresponderá à quantia paga que, para salvaguarda do equilíbrio que as compensações procuram garantir, terá de ser actualizada. De notar, porém, que o Cód. Civil francês não prevê um artigo semelhante ao art. 551.º do nosso Cód. Civil, no sentido de actualização dos valores de obrigações pecuniárias. Não pode, todavia, prescindir-se da actualização dos valores das compensações de forma a fazer face aos problemas da desvalorização monetária. É nesse sentido que se pronuncia J. Ph. Lévy, *ibidem*, que, abordando a validade da estipulação das cláusulas de escala móvel aos empréstimos monetários face ao art. 1895.º do Cód. Civil francês (que determina o valor nominal da obrigação), defende a necessidade de evitar a ruína do credor e o enriquecimento, por vezes calculado, do devedor, que perspectiva a desvalorização monetária. Com vista a evitar tais problemas deverá permitir-se a actualização dos valores monetários em causa. Porém, a lei francesa não prevê essa actualização e, tal como refere Henri Mazeaud, *et alii*, *ob. cit.*, p. 469, a compensação, tratando-se de uma quantia em dinheiro, não sofre revalorização, salvo se aquele dinheiro serviu para adquirir, conservar ou melhorar um bem.

No direito italiano o art. 192.º do Cód. Civil, diferindo as compensações para o momento da partilha, não prevê actualização dos valores em causa que integram tais compensações, ressalvado o caso do § 2.º, onde se entende não estar presente uma mera dívida nominal, admitindo actualizações dos valores em causa. Atendendo às flutuações económicas e às desvalorizações monetárias a compensação a receber pelo património empobrecido algum tempo depois do facto que deu origem à compensação seria irrisória.

Colocam-se, assim, no direito italiano, na ausência de uma regulamentação minuciosa e que procura cobrir tais problemas como no direito francês, as mesmas dúvidas que vimos e procurámos solucionar no direito português. A grande questão é a de, diferindo as compensações para o momento da partilha, actualizar os valores, problema que se nos afigura de solução difícil, atendendo ao ordenamento jurídico italiano em matéria de obrigações pecuniárias. De Paola/Macri, *ob. cit.*, p. 213, referem mesmo que, não

Importa a este propósito fazer uma referência ao direito espanhol que, nesta matéria, poderá trazer alguns problemas dada a ausência de critério quanto à exigibilidade das compensações.

prevendo a lei quaisquer actualizações, a única forma de o cônjuge interessado não ser afectado pela desvalorização monetária seria a de, invocando o interesse da família, exigir o pagamento da compensação antes da liquidação da comunhão.

O entendimento por nós perfilhado quanto ao direito português poderia admitir-se também face ao direito italiano, não fossem os arts. 1277.º e segs. do Cód. Civil italiano fixarem o princípio nominalista não prevendo excepções nem, como o art. 551.º do nosso Cód. Civil, actualizações dos valores em causa. Paralelamente, o art. 751.º do Cód. Civil italiano, relativo à colação quando está em causa doação de dinheiro, determina que ela se fará atendendo ao valor legal da *specie donata* ou da moeda, em substituição daquela, que tenha curso legal na altura da abertura da sucessão. Articulado tal preceito com os arts. 1277.º segs. do Cód. Civil italiano atender-se-á ao valor nominal, não prevendo a lei quaisquer actualizações.

Não obstante, apelando ao fundamento e justificação primeira das compensações (evitar o enriquecimento de um património à custa do empobrecimento de um outro), não pode deixar de defender-se a necessária actualização dos valores em causa, sob pena de se frustrar o objectivo das compensações. Para mais, se entendermos as compensações pelo pagamento de dívidas do casal como dívidas actualizáveis, não sujeitas ao princípio nominalista, cujo montante, traduzido em dinheiro, apenas se concretizará e tornará efectivo no momento da liquidação e partilha da comunhão, a quantia em que se traduz o crédito compensatório deverá actualizar-se de forma a que, quando se efectue o seu pagamento, se entregue o valor que representa essa quantia, mas não a mesma quantia que deu origem à compensação (não o mesmo valor que procedeu ao pagamento de uma dada dívida, mas esse valor actualizado). Tal entendimento deverá admitir-se tanto mais que o direito italiano prevê uma excepção à exigibilidade diferida das compensações, ou seja, admitindo excepção ao diferimento da exigibilidade também deverá permitir actualização dos valores das compensações quando a sua exigibilidade seja diferida, pois o interesse familiar também o justifica.

Não se pense, contudo, que o facto de admitir, excepcionalmente, a exigibilidade imediata das compensações implicaria a ausência de razão justificativa para o seu diferimento para o momento da partilha. Continua a justificar-se tal diferimento nos regimes de comunhão em atenção à natureza jurídica da comunhão. Além do mais, a excepção verifica-se apenas, mediante autorização do juiz, quando o interesse da família o exige e o consente (como referem F. Mastropaolo/P. Pitter, *ob. e loc. cit.*, p. 356, é o interesse da família que justifica o diferimento das compensações para o momento da partilha). Ou seja, somente para salvaguarda de um interesse superior, o da família, se admite a exigibilidade imediata das compensações, e sempre mediante autorização do tribunal, com vista a acautelar a ponderação dos interesses em jogo. M. Paladini, *ob. e loc. cit.*, p. 449, refere que essa excepção, de pouca utilização prática, parece poder aplicar-se em casos de apropriação indevida de somas da comunhão por parte de um dos cônjuges, com objectivo diverso do previsto no art. 186.º do Cód. Civil italiano, e perante a ausência de uma perspectiva concreta de reembolsar o património comum; ou no caso de utilização pelo património comum de bens ou valores próprios em paralelo com a incapacidade do património próprio para fazer face aos seus credores e conseqüente risco de execução sobre os bens próprios, e até sobre os comuns, com prejuízo para o interesse familiar. V. também, A. Finocchiaro/M. Finocchiaro, *Riforma del diritto...*, *cit.*, pp. 579 e 580, F. Mastropaolo/P. Pitter, *ob. e loc. cit.*, p. 357, e L. Barbiera, *ob. e loc. cit.*, pp. 624 e 625.

Porém, atendendo à forma de cálculo das compensações que já analisámos, atendendo à existência de uma conta de compensações em que apenas o saldo final será devido, demonstra-se complicado, ainda que possível, no decurso da comunhão, proceder às compensações devidas, sendo preciso analisar-se isoladamente as transferências de valores entre patrimónios que dão origem à compensação susceptível de ser exigida antecipadamente. Com efeito, se apenas no momento final da liquidação e partilha se podem contabilizar todos os movimentos e transferências de valores operados entre os patrimónios próprios e o comum no decurso da comunhão, a possibilidade de, antecipadamente, se exigir e efectuar o pagamento de uma compensação apenas poderá ser vista e apurada isoladamente, ou seja, não integrando a conta de compensações cujo saldo, apurado no final, será devido. Assim, as compensações excepcionalmente exigidas antecipadamente são analisadas por si só, isoladamente, atendendo apenas a uma concreta transferência de valores entre patrimónios. Além disso, dever-se-á encarar com carácter excepcional a possibilidade de exigibilidade antecipada das compensações, quando efectivamente estiver em causa o interesse da família, pois estará a ser preterido, ainda que face a um interesse superior, o fundamento da exigibilidade diferida das compensações: a natureza jurídica da comunhão. Por isso, também o pagamento antecipado das compensações nesses casos não passará pela meação do cônjuge devedor ou credor, ou seja, não se apurando tal meação no decurso do regime de bens, o pagamento das compensações à comunhão efectuar-se-á por recurso aos bens próprios do cônjuge devedor e o das compensações pela comunhão por bens comuns por inteiro.

Com efeito, o direito espanhol, e reportando-nos, sobretudo, ao art. 1364.º do Cód. Civil espanhol, em matéria de compensações pelo pagamento de dívidas, parece não encontrar qualquer obstáculo à imediata exigibilidade das compensações¹⁴⁹⁹. Tais compensações poderão, assim, ser reclamadas em qualquer momento. É evidente que, se os cônjuges estão de acordo, nada há que os impeça de efectuar os reembolsos no decurso do casamento. Na falta de acordo, requerer-se-á uma decisão judicial e a questão será a de saber se um dos cônjuges, titular de um direito a uma compensação, poderá exigí-la de imediato¹⁵⁰⁰.

Com efeito, poderíamos entender que as compensações, em geral, são imediatamente exigíveis, deduzindo-o, nomeadamente, dos arts. 1346.º, *in fine*, 1347.º, 4.º, 1352.º, 1359.º, 1.º, e 1364.º do Cód. Civil espanhol. Porém, e porque a comunhão no direito

¹⁴⁹⁹ Como vimos, o Cód. Civil espanhol prevê compensações nos arts. 1319.º, *in fine*, 1346.º, *in fine*, 1347.º, 4.º, 1352.º, 1358.º, 1359.º, 1360.º, 1362.º, 1.º, 1364.º, 1373.º, 2.º, 1397.º, 3.º, 1398.º, 3.º, e 1403.º, sendo que, excluindo o art. 1319.º que remete para o respectivo regime matrimonial, os arts. 1346.º, *in fine*, 1347.º, 4.º, 1352.º, 1359.º, 1.º, e 1364.º regulam um direito à compensação não remetendo para o momento da dissolução e liquidação da comunhão. Por sua vez, os arts. 1358.º, 1359.º, 2.º, 1362.º, 1.º, e 1373.º, 2.º, do Cód. Civil espanhol, expressamente diferem as compensações para o momento da liquidação da comunhão, não avançando a lei nem a doutrina espanhola com qualquer razão justificativa para a diferença de regime, tanto mais que a diferenciação ocorre sejam ou não compensações devidas à comunhão ou a um dos patrimónios próprios, ou seja, não é por ser compensação devida à comunhão ou pela comunhão que o regime varia. De referir que alguns autores entendem que o facto de o § 2.º do art. 1359.º do Cód. Civil espanhol remeter para o momento da dissolução se não se tiver verificado antes a alienação do bem melhorado se deve a razões de ordem prática: só nesse momento será possível aferir o aumento de valor do bem. Não obstante, entendem que não há qualquer inconveniente em os cônjuges determinarem o reembolso em momento anterior, como, aliás, em relação à generalidade das compensações (v., M. A. Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, p. 1655, M.ª Amalia Blandino Garrido, *ob. cit.*, p. 133, Yolanda Bustos Moreno, *ob. cit.*, pp. 402 e 403, F. J. Gardeazábal del Río, *ob. e loc. cit.*, pp. 138 e 139, e Lledó Yagüe, *et alii*, *ob. cit.*, p. 212). Também Díez-Picazo/Antonio Gullón, *ob. cit.*, p. 205, a propósito do inventário para liquidação da comunhão, consideram que a “comunhão” pode exigir a devida compensação mesmo antes do momento da liquidação ao cônjuge devedor. Escrevem os autores que seria injusto que, dada a insuficiência dos bens comuns, o cônjuge não devedor tivesse que suportar os encargos familiares com os seus bens próprios, se o devedor não tivesse que compensar o que deve à comunhão até à liquidação, enriquecendo à custa do património comum. Parece-nos, em todo o caso, que tal se efectuará com os bens próprios deste e dá a possibilidade de exigibilidade imediata. José A. Alvarez-Caperochipi, *ob. cit.*, p. 267, distingue mesmo o *reintegro*, que se verifica no decurso do regime de bens, e o *reembolso*, que apenas se efectua no momento da liquidação. Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida, *et alii*, *Elementos de Derecho Civil. Familia*, *cit.*, p. 161, são da opinião de que não deverá diferir-se a exigibilidade das compensações para o momento da liquidação, na sequência do direito francês, pois seria a manutenção de uma situação injusta e desnecessária. Entendem que a lei só vem regular as situações que não foram corrigidas no decurso do casamento; e se pretendia fixar, como regra geral, a não exigibilidade imediata das compensações, deveria tê-lo dito expressamente como o faz em certos preceitos. Admitem, porém, que o diferimento se verifique em virtude da inactividade dos cônjuges ou da dificuldade em fixar com precisão o saldo credor ou devedor (e não será isso que acontece na generalidade dos casos?). Também J. J. Rams Albesa, *ob. cit.*, p. 402, considera que a imediata exigibilidade das compensações é tão útil para a manutenção do equilíbrio entre os diferentes patrimónios como o próprio mecanismo das compensações.

Contra, v., Tomás Giménez Duart, *loc. cit.*, p. 569, que entende que as compensações devem apenas ser pagas no momento da liquidação da comunhão, argumentando com o facto de o art. 1403.º do Cód. Civil espanhol exigir que se paguem primeiro as dívidas a terceiros e só depois as compensações.

¹⁵⁰⁰ V., M. A. Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 1683 e 1684. V. também, M. A. Rueda Pérez/J. M. Rueda Pérez, *loc. cit.*, pp. 568 e 569, e Díez-Picazo/Antonio Gullón, *ob. cit.*, p. 205.

espanhol é encarada como a comunhão no direito português, não podemos deixar de notar que nos regimes de comunhão as compensações terão de ser diferidas para o momento da liquidação e partilha da comunhão, atendendo à natureza jurídica desta e não por ser impossível ou inviável o seu cálculo e determinação no decurso do regime de comunhão, ainda que possa revelar-se particularmente complexo¹⁵⁰¹.

Mas o aspecto mais importante contemplado pelo Cód. Civil espanhol em matéria de compensações, e que, de certa forma, denota também o entendimento do legislador no

¹⁵⁰¹ Sendo assim, e para além de assentarmos o diferimento das compensações na natureza jurídica da comunhão que, por si só, já seria suficiente, não pode interpretar-se isoladamente o art. 1364.º do Cód. Civil espanhol, nem os restantes artigos relativos às compensações. Se atentarmos no art. 1403.º do mesmo código verificamos que, no momento da liquidação e partilha da comunhão, serão pagas primeiramente as dívidas da comunhão e só depois as indemnizações e reembolsos devidos a cada um dos cônjuges, até ao limite dos bens comuns inventariados, fazendo-se as devidas compensações se um dos cônjuges for devedor da comunhão (solução não expressamente consagrada no art. 1689.º, n.ºs 2 e 3, do Cód. Civil português).

Não podemos deixar de reter alguns aspectos relevantes. Desde logo, se as compensações fossem imediatamente exigíveis aquando do seu facto gerador, efectuar-se-ia primeiro o seu pagamento e só depois o pagamento das dívidas comuns a terceiros, em sentido contrário ao que dispõe a lei. Não obstante isso, se se entendesse que o que o art. 1403.º do Cód. Civil espanhol regula, ao referir os reembolsos, são apenas aqueles que ainda não foram exigidos e pagos no decurso da comunhão, parece que os credores poderiam ficar prejudicados. Com efeito, admitindo-se a exigibilidade imediata das compensações poder-se-iam simular certas transferências patrimoniais com o intuito único de desviar fundos necessários ao pagamento de credores comuns que veriam diminuída a sua garantia sobre o património comum.

Acresce a tais factos que o mesmo art. 1403.º do Cód. Civil espanhol refere, como primeira forma de pagamento dos *reintegros*, as compensações, como forma geral de extinção de obrigações, se o cônjuge credor de uma compensação for simultaneamente devedor de uma outra face à comunhão. Como proceder a tais compensações, para extinção das obrigações, se os *reintegros* podem ser exigidos isoladamente e no decurso da comunhão? Se são pagos independentemente uns dos outros nada haverá a compensar. É certo que também aqui se poderá entender que o artigo citado só regula as situações que ainda se coloquem no momento da liquidação e partilha da comunhão. Mas, se assim é quando já não existe comunhão e esta se encontra na fase de liquidação, mais se justificará no decurso da comunhão, atendendo à natureza jurídica desta.

Convém, contudo, notar que a doutrina espanhola aceita, em geral, a possibilidade de as compensações se exigirem no decurso da comunhão, mas não aponta razões justificativas para as situações em que se difere o seu pagamento para o momento da partilha e não deixa de ter presente que, na prática e na realidade, as compensações apenas se vêm exigir numa altura em que deixou de existir o regime matrimonial (é nessa altura que surgem os problemas). Alguns autores procuram justificar a existência de disposições em que se difere o pagamento das compensações interpretando-as como se se reportassem ao caso de elas sempre poderem ser exigidas no decurso do casamento, regulando-se naqueles artigos apenas as situações onde elas não tivessem sido exigidas na vigência do casamento ou não se tivesse ainda efectuado o pagamento (Díez-Picazo/Antonio Gullón, *ob. cit.*, p. 205, e Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida, *et alii*, *Elementos de Derecho Civil. Familia*, *cit.*, p. 161). Contudo, tal não parece ter correspondência na lei, tanto mais que apenas os arts. 1397.º e 1398.º do Cód. Civil espanhol se enquadram no âmbito da partilha da comunhão, regulando os restantes o decurso da comunhão.

Ainda que a lei não o faça expressamente em todos preceitos legais, não será de afastar, no direito espanhol, o diferimento das compensações para o momento da liquidação e partilha da comunhão. Para mais, se a lei o faz em algumas disposições poder-se-á, pelo menos por analogia, pois não se trata de normas excepcionais, aplicar o mesmo entendimento a outras normas legais, não se encontrando razões para a diferenciação do regime entre umas e outras. Neste sentido, v., M. A. Rueda Pérez/J. M. Rueda Pérez, *loc. cit.*, p. 569. Também M.ª Teresa Martín Meléndez, *ob. cit.*, pp. 70 e 71, considera que as compensações não devem, por regra, ser imediatamente exigíveis no decurso da comunhão (ainda que possam ser voluntariamente pagas). Contudo, sempre que o património devedor tenha meios para efectuar o pagamento e o património credor careça dos mesmos para satisfação de dívidas ou quando o interesse da família o justifique pode haver a exigibilidade imediata das compensações.

sentido do diferimento das compensações, é a resolução do problema com que tal diferimento se depara.

Na regulamentação da dissolução e liquidação da comunhão, os arts. 1397.º e 1398.º do Cód. Civil espanhol determinam, para efeitos de inventário (cfr. o art. 1396.º do Cód. Civil espanhol), os elementos que compreendem o activo e o passivo da comunhão, respectivamente. Os §§ 2.º e, fundamentalmente, atendendo ao nosso objectivo, os §§ 3.º de cada um dos artigos referem o valor actualizado das somas pagas pela comunhão ou pelo património de um dos cônjuges e a cargo de outro património.

A introdução da regra da actualização dos valores, na Reforma de 1981, constitui um aspecto de grande importância que ataca o fenómeno da crise do nominalismo, que se manifesta em épocas de instabilidade económica, em que a moeda sofre constantes desvalorizações.

O art. 1397.º, 3.º, do Cód. Civil espanhol, faz constar do activo da comunhão o valor actualizado das somas pagas pela comunhão e a cargo de um dos cônjuges, e do seu património, e, em geral, todas as somas que constituem créditos (compensatórios) da comunhão face a um dos cônjuges. Quando a comunhão paga, com fundos comuns, uma dívida da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges, nasce um crédito de reembolso na titularidade da comunhão pelo seu valor actualizado ao momento da liquidação e partilha¹⁵⁰².

Em paralelo com o art. 1397.º, o art. 1398.º, 3.º, do Cód. Civil espanhol, considera como elementos do passivo da comunhão as somas pagas pelo património próprio de um dos cônjuges e a cargo definitivo da comunhão e, em geral, as que constituem créditos (compensatórios) dos cônjuges para com a comunhão. Trata-se agora de dívidas a cargo da comunhão mas que foram, provisoriamente, suportadas pelo património próprio de um dos cônjuges. Também aí se determina que os créditos sejam actualizados, ou seja, que se transformem os valores históricos em valores actuais¹⁵⁰³.

Esta preocupação pela actualização dos valores em matéria de compensações aparece também no art. 1358.º do Cód. Civil espanhol, o que denota o cuidado do legislador espanhol em fazer frente ao problema da desvalorização monetária, estando ciente de

¹⁵⁰² M. A. Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, p. 1791, especifica que este crédito de reembolso será pela totalidade da soma paga pela comunhão e não apenas pela sua metade, pois o critério da metade é uma regra global de distribuição dos bens comuns e do activo a partilhar, que não pode aplicar-se fragmentariamente, autonomizando cada um dos elementos activos e passivos do património.

¹⁵⁰³ O critério para a actualização dos valores em causa deve ser uniforme em relação a todos os elementos sujeitos a avaliação, e, não estipulando a lei qual o índice a adoptar para a referida actualização, deve optar-se pelo índice de preços ao consumidor elaborado pelo Instituto Nacional de Estatística (M.ª Teresa Martín Meléndez, *ob. cit.*, pp. 433 e 466).

que um largo período de tempo poderá decorrer entre o facto gerador da compensação e o seu efectivo pagamento. Lacruz Berdejo e Sancho Rebullida chegam mesmo a defender que o objectivo do preceito, mais do que estabelecer compensações, visa impor o princípio da actualização das dívidas em dinheiro¹⁵⁰⁴. O valor devido deverá reavaliar-se no momento da sua liquidação e pagamento.

Também o art. 1373.º, 2.º, do Cód. Civil espanhol, considera que o cônjuge devedor recebeu, por conta da sua meação, o valor dos bens que se executaram para o pagamento de dívida própria. Porém, tal valor deve ser actualizado no momento em que o cônjuge devedor compense a comunhão ou no momento da liquidação. Segue-se, portanto, a mesma orientação de actualização de valores no momento da realização do pagamento das compensações. É efectivamente o valor actualizado dos bens comuns executados para o pagamento de dívida própria que deverá ser compensado pelo cônjuge enriquecido, por conta da sua meação¹⁵⁰⁵.

Resta referir que o direito alemão, nos §§ 1446.º e 1467.º BGB, remete também o pagamento das compensações para o momento da liquidação da comunhão¹⁵⁰⁶. O que dissemos anteriormente vale de igual modo para o direito alemão que, não prevendo actualização dos valores das compensações, não pode esquecer os problemas da desvalorização monetária¹⁵⁰⁷.

Com efeito, o cônjuge não administrador ou, sendo ambos administradores dos bens comuns, ambos os cônjuges têm de imediatamente proceder às devidas compensações no momento do seu surgimento, mas apenas se os seus bens próprios e/ou reservados forem suficientes para o seu pagamento. Ou seja, no caso de compensações devidas pelos cônjuges à comunhão, desde que pagas por meio de bens próprios (não afectando

¹⁵⁰⁴ Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida, *et alii*, *Elementos de Derecho Civil. Familia*, cit., p. 217. V. também, Luis Martinez-Calcerrada, *ob. cit.*, pp. 163 e 164 e pp. 183 e 184.

¹⁵⁰⁵ Considera-se ainda que também os créditos entre cônjuges existentes no regime de separação de bens devem ser actualizados se forem pagos no momento da liquidação do regime - J. Martínez Cortés, *ob. e loc. cit.*, p. 389.

¹⁵⁰⁶ É, aliás, isso mesmo que Thomas Wittich, *ob. cit.*, p. 44, diz ao referir que „*Im Gegensatz zu Ansprüchen Dritter werden die Ausgleichsansprüche der Ehegatten gemäß § 1468.º BGB erst mit Beendigung der Gütergemeinschaft fällig*”.

¹⁵⁰⁷ Abordando o problema da desvalorização monetária no âmbito da regulamentação legal da *Zugewinnngemeinschaft*, Gernhuber/Coester-Waltjen, *ob. cit.*, § 36, VI, 2, pp. 408 e 409, focam os reflexos que as alterações ao nível do valor da moeda produzem nas relações de longo prazo. Sugerem, por isso, sobretudo tratando-se de valores pecuniários, a utilização de índices que permitam actualizar os valores em causa. Será de aplicar o mesmo entendimento no caso de compensações pelo pagamento de dívidas no regime de comunhão.

A necessidade de atender à inflação leva também os autores alemães a considerar que os reembolsos em dinheiro ou as dívidas da comunhão, para efeitos do § 1478.º do BGB, no caso da partilha se realizar subsequentemente ao processo de divórcio, devem atender aos condicionalismos da desvalorização monetária (v., entre outros, Beitzke/Lüderitz, *ob. cit.*, p. 163, e Dieter Giesen, *ob. cit.*, p. 182).

os bens comuns), a sua exigibilidade é imediata, prevendo-se um regime idêntico ao dos créditos entre cônjuges. Não existindo ou sendo insuficientes os bens próprios ou reservados, então diferem-se tais compensações para o momento da liquidação, atendendo aos §§ 1419.º e 1476.º do BGB.

Tratando-se, porém, de compensações devidas pela comunhão ao cônjuge único administrador (onde mais facilmente os seus bens se confundem com os bens comuns) ou por este àquela, as compensações são diferidas para o fim da comunhão, por respeito à natureza jurídica desta (§ 1446.º, 1.º, do BGB). O pagamento de tais compensações será feito por imputação na meação do cônjuge (§ 1476.º, 2.º, do BGB).

A lei alemã não regula, porém, o regime da exigibilidade das compensações devidas pela comunhão aos cônjuges administradores (§ 1468.º do BGB) ou ao cônjuge não administrador (§ 1446.º, 2.º, do BGB) - matéria, eventualmente regulada pelos cônjuges na convenção matrimonial - o que nos levaria a crer que se aplicaria simplesmente o regime geral do Direito das Obrigações¹⁵⁰⁸. Porém, admitem-se as excepções consagradas naqueles artigos, como já vimos. E se os créditos devidos por um dos cônjuges ao outro podem estar sujeitos ao regime geral, na mesma lógica em que as próprias compensações podem imediatamente ser exigidas se houver bens próprios ou reservados suficientes (não se afecta a comunhão e os bens comuns), as compensações devidas ao(s) cônjuge(s) serão efectuadas mediante bens comuns, por acréscimo da sua meação (por analogia com o § 1476.º, 2.º, do BGB), o que só poderá ocorrer no momento da liquidação da comunhão, atendendo à natureza jurídica da mesma. Nenhum dos cônjuges pode dispor dos bens comuns nem exigir a sua parte, enquanto subsistir a comunhão (cfr. o § 1419.º do BGB)¹⁵⁰⁹. Sendo assim, admitindo como regra no direito alemão o diferimento das compensações quando o seu pagamento implique a utilização dos bens comuns, os problemas da desvalorização monetária também se põem.

Assim, a actualização das compensações, quer por força do art. 2109.º, n.º 3, quer do art. 551.º, que regula a actualização das obrigações pecuniárias, deverá atender aos índices dos preços, de modo a restabelecer, entre a prestação compensatória e a

¹⁵⁰⁸ V., MünchKomm - *Kanzleiter*, § 1446 Rdn. 5, p. 658, e Gernhuber/Coester-Waltjen, *ob. cit.*, § 38, VIII, 1, p. 453, e § 38, VIII, 8, p. 456.

¹⁵⁰⁹ Gernhuber/Coester-Waltjen, *ob. cit.*, § 38, II, 2, p. 431, defendem a aplicação analógica do § 1378.º, 3.º, do BGB, disposição da *Zugewinnngemeinschaft*, à comunhão de bens. Assim, a compensação apenas poderá ser exigida no fim da comunhão, uma vez apurado o saldo final compensatório, não podendo nenhum dos cônjuges exigi-la em momento anterior. Contra, MünchKomm - *Kanzleiter*, § 1419 Rdn. 3, p. 604.

quantidade de mercadorias a que ela equivale, a relação existente na data em que a compensação surgiu.

Concluindo, e para evitar as “manobras” interpretativas referidas, havendo diferimento da exigibilidade das compensações para o momento da liquidação e partilha da comunhão, deve assegurar-se, face às desvalorizações monetárias, as necessárias actualizações do montante apurado das compensações pelo índice geral de preços, nos termos do art. 551.º do Cód. Civil. O problema levantado pela exigibilidade diferida, o de compensações irrisórias, não salvaguardando o equilíbrio visado entre os diferentes patrimónios existentes nos regimes de comunhão, é contornado se se admitir actualizações dos valores em causa, não restringindo as compensações devidas no momento da liquidação e partilha da comunhão ao seu valor meramente nominal à data do facto que lhes deu origem (no caso em análise, o pagamento de uma dívida).

É verdade que, e recordando que o diferimento da exigibilidade das compensações se funda na natureza jurídica da comunhão, os problemas ligados à desvalorização monetária e à necessidade de actualização dos valores podem ser evitados, pelo menos no caso das compensações devidas à comunhão, se elas forem primeiramente pagas com bens próprios do cônjuge devedor (não afectando a meação nos bens comuns). Na presença de tal situação nada repugna admitir a imediata exigibilidade de tais compensações, a não ser, talvez, o facto de, existindo uma conta-corrente onde se contabilizam as compensações, só o saldo final ser devido e a imediata exigibilidade poderá encontrar dificuldades de concretização. Tratar-se-ia, porém, de uma questão processual e prática e não de fundamento, ou seja, não se afectando a natureza jurídica da comunhão deixará de ter razão de ser a exigibilidade diferida. Pagando-se com bens próprios nada obsta ao pagamento anterior à liquidação¹⁵¹⁰. É, aliás, isso que acontece quando, voluntariamente, os cônjuges resolvem pagar, no decurso da comunhão, as compensações devidas. Será este um ponto a considerar numa eventual nova regulamentação, ou seja, admitir o pagamento imediato no caso de compensações

¹⁵¹⁰ É essa, em parte, a solução consagrada no BGB, nos §§ 1446.º, 2.º, e 1468.º. É também a solução adoptada pelo Cód. Civil de Macau que no seu art. 1565.º, n.º 3, determina o pagamento da compensação à comunhão com bens próprios do cônjuge devedor e, na sua falta ou insuficiência, surge um crédito do cônjuge não devedor sobre o património comum, crédito esse apenas exigível no momento da dissolução do regime de bens.

Perfilhando tal entendimento, Planiol/Ripert, *Traité élémentaire...*, cit., p. 246, referem que, ainda que analisando os créditos entre cônjuges, se compreende que a exigibilidade da compensação se remeta para o momento da partilha quando o seu pagamento se faça com bens comuns, “*mais rien ne l’empêche de demander son paiement auparavant sur les biens personnels de l’époux débiteur*”.

devidas à comunhão por um dos cônjuges, desde que esse pagamento se efectue mediante bens próprios do cônjuge devedor.

Os problemas só se manteriam no caso de compensações devidas pela comunhão, necessariamente pagas com bens comuns, se existirem. A única possibilidade de permitir a existência de compensações da comunhão ao património próprio do cônjuge credor, na vigência do matrimónio, seria a de admitir uma partilha prematura dos bens do casal por recurso à simples separação judicial de bens (arts. 1767.º e segs.). Mas para isso, e face ao nosso ordenamento jurídico vigente, seria necessário que um dos cônjuges estivesse em risco de perder o que é seu por má administração do outro, o que em matéria de responsabilidade por dívidas poderá ser complicado. Solução diferente seria se a lei previsse como motivo de separação judicial de bens a necessidade de se efectuar as devidas compensações no decurso da vida conjugal por o interesse da família o justificar (interesse familiar esse que assegura no direito italiano a exigibilidade imediata da compensação – art. 192.º, 4.º, do Cód. Civil italiano).

Em alternativa, e constituindo o património comum um património autónomo, poderia admitir-se o pagamento da compensação a um dos cônjuges com bens comuns, mas por inteiro e não por acréscimo da meação do cônjuge credor da compensação (só apurada no momento da liquidação e partilha da comunhão).

Assim, aventuramo-nos a dizer que a solução deverá passar pela existência de um articulado próprio de regulação das compensações no âmbito da cessação das relações patrimoniais entre os cônjuges e partilha do casal, permitindo, nesse local, regular e resolver os problemas que as compensações colocam. Como ponto fundamental deverá prever-se expressamente, para que mais dúvidas não existam, a actualização dos valores das compensações diferidas para o momento da liquidação e partilha da comunhão. Só assim será possível restaurar o equilíbrio entre os diferentes patrimónios e evitar enriquecimentos de um à custa de outro. Paralelamente, e para evitar também os problemas da desvalorização, permitir a exigibilidade imediata das compensações devidas pelos cônjuges ao património comum quando haja bens próprios suficientes para tal, bem como, e excepcionalmente, permitir a separação judicial de bens entre os cônjuges no caso de necessidade de efectuar compensações da comunhão a um dos cônjuges ou por um destes àquela (se os bens próprios não forem suficientes) no decurso do casamento, por o interesse da família o justificar.

Muito embora algumas questões no âmbito do Direito da Família possam regular-se por remissão para o regime geral (p. ex., os créditos entre cônjuges), há matérias que

exigem um regime específico e as compensações são uma delas: para além da comunhão de vida implicar a necessária osmose entre os patrimónios próprios dos cônjuges, nos regimes de comunhão surge um património comum cuja natureza jurídica controlará a regulação das compensações (*stricto sensu*).

Será sempre possível que os cônjuges, na convenção antenupcial, regulem os modos de avaliação e cálculo das compensações. Mas, o mais normal, mesmo existindo uma convenção antenupcial, será a completa indiferença perante tais questões e o surgimento de problemas no fim do regime matrimonial¹⁵¹¹.

4. Regulamentação do passivo não partilhado (e contraído no decurso do casamento)

A dissolução, declaração de nulidade ou anulação do casamento (art. 1688.º) ou a separação de pessoas e bens (art. 1795.º-A) implicam o fim das relações patrimoniais entre os cônjuges e o surgimento de um estado de indivisão pós-comunhão que terminará com a liquidação e partilha dos bens comuns, ou seja, o efeito da dissolução do regime matrimonial traduz-se na substituição da comunhão dissolvida por uma indivisão e na possibilidade de liquidação e partilha para lhe pôr fim¹⁵¹².

¹⁵¹¹ Aliás, a própria problemática das compensações pode colocar-se em causa já que, no decurso de um casamento normal, os cônjuges não anotam todos os movimentos entre os diferentes patrimónios numa conta-corrente. Mas não podemos esquecer que há, efectivamente, determinadas transferências patrimoniais, resultantes do pagamento de dívidas, que notoriamente dão origem a uma compensação a favor da comunhão ou de um dos cônjuges (pense-se, p. ex., no pagamento da totalidade de um empréstimo, considerado dívida comum, com valores próprios (p. ex., doados ou herdados) de um dos cônjuges; ou o pagamento de uma avultada indemnização devida por facto imputável a um dos cônjuges com bens comuns (p. ex., o seu salário)...). É precisamente por essas situações existirem que importa encontrar uma correcta regulamentação legal para a matéria que assegure o restabelecimento do equilíbrio patrimonial inicial e cumpra a finalidade das compensações.

¹⁵¹² À partilha proceder-se-á também no caso de ser decretada a simples separação judicial de bens (art. 1770.º) ou declarada a ausência (art. 108.º) ou a insolvência de qualquer dos cônjuges (art. 141.º, n.º 1, al. b), do CIRE, e, mesmo no caso de insolvência de ambos os cônjuges (arts. 264.º e segs. do CIRE), o art. 266.º do CIRE determina que os bens comuns e os bens próprios de cada um dos cônjuges são inventariados, mantidos e liquidados em separado) - Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 469. De igual modo, à partilha proceder-se-á no caso de execução de bens comuns por dívida própria de um dos cônjuges (arts. 825.º e 1406.º do Cód. de Processo Civil) ou no caso de modificação do regime de bens prevista em convenção antenupcial sujeita a termo ou condição (Esperança Pereira Mealha, *ob. cit.*, p. 68).

No domínio do Cód. Civil de 1867, mesmo depois de separados de pessoas e bens, cada um dos cônjuges necessitava ainda do consentimento do outro para dispor dos bens imobiliários que lhe fossem atribuídos. O Cód. Civil de 1966 veio eliminar tal limitação, permitindo que, após o trânsito em julgado da sentença que decretar a separação judicial de pessoas e bens, cada um dos cônjuges possa dispor livremente dos bens que lhe couberem. Por outro lado, a Reforma de 1977 eliminou a ressalva que a versão original de 1966 fazia relativamente aos bens dotais, quanto à regra da cessação das relações pessoais e patrimoniais entre os cônjuges, precisamente porque se aboliu o regime dotal.

Antes de se efectuar a partilha propriamente dita importa, para se determinar o que partilhar, proceder a uma série de operações. Assim, em operação prévia à partilha, ainda que quase paralela, proceder-se-á à liquidação do regime matrimonial. Como operação preliminar a esta liquidação, é importante separar, desde logo, os bens próprios de cada um dos cônjuges do património comum (cfr. o art. 1689.º, n.º 1, do nosso Cód. Civil, o art. 1467.º do Cód. Civil francês, o art. 195.º do Cód. Civil italiano, os arts. 1392.º e segs. do Cód. Civil espanhol, e os §§ 1417.º e 1418.º do BGB, onde se determinam os bens excluídos da comunhão). Ou seja, a partilha em sentido amplo integra três operações: a separação dos bens próprios¹⁵¹³, a liquidação do património comum (destinada a apurar o valor do activo comum líquido, calculando as compensações e contabilizando as dívidas a terceiros e entre os cônjuges) e a partilha propriamente dita.

A liquidação inclui, assim, o relacionamento dos bens comuns (os bens e direitos qualificados como comuns pelas regras do regime de bens vigente durante o casamento, com as excepções previstas nos arts. 1719.º e 1790.º), a correcção de desequilíbrios pelo mecanismo das compensações e o pagamento de dívidas. Cada um dos cônjuges deverá conferir ao património comum o que lhe dever, em virtude dos pagamentos efectuados por esse património de dívidas próprias, de acordo com o disposto no art. 1697.º, n.º 2. Esta “conferência” implica o apuramento do saldo final das contas de compensações e a existência de um saldo credor a favor da comunhão, integrando tal valor o activo da comunhão. O cônjuge devedor deverá compensar, nesse momento, o património comum pelo enriquecimento obtido no seu património próprio à custa da comunhão. É, aliás, o que decorre do art. 1697.º, n.º 2, ao dispor que o valor pago pelos bens comuns é levado a crédito do património comum no momento da partilha.

Importa referir que, atendendo ao disposto no art. 1689.º, parece-nos ser de defender que as compensações devidas pela massa comum a um dos cônjuges, e pagas por um

O art. 1689.º corresponde aos arts. 1113.º, 1123.º, 1124.º, e 1133.º do Cód. de Seabra. Adoptou-se uma orientação sistemática diferente da seguida naquele código, que regulava a matéria na parte relativa à comunhão geral (arts. 1113.º, 1123.º e 1124.º) e adaptava depois aos outros regimes algumas das ideias ali consagradas (arts. 1113.º e 1156.º e segs.). A partilha dos bens do casal e o pagamento das dívidas são matérias comuns a todos os regimes de bens, como consequência da cessação das relações patrimoniais entre os cônjuges, e, por isso, são reguladas actualmente nas disposições gerais relativas aos efeitos do casamento.

¹⁵¹³ Como referem Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 470, a separação dos bens próprios é uma operação ideal de exclusão que apenas ganhará importância quando a propriedade sobre um bem se torna objecto de litígio, quando o cabeça-de-casal inclui no rol dos bens comuns, sujeitos a partilha, um bem que o outro cônjuge, ou os seus herdeiros, consideram como bem próprio. Tais questões deverão ser resolvidas em acção comum, fora do processo de inventário (art. 1350.º, n.º 1, do Cód. de Processo Civil).

acréscimo da sua meação nos bens comuns (ou pelos bens próprios do cônjuge não credor) terão de ser apuradas e “reservadas” ao cônjuge credor da compensação antes do pagamento das dívidas e liquidação do passivo da comunhão, no sentido de integrarem o passivo da mesma¹⁵¹⁴.

Se, para protecção dos credores, as compensações devidas à comunhão integram a massa comum utilizável para pagamento das dívidas, as compensações devidas pela comunhão, para protecção do cônjuge credor empobrecido, deverão também ser, no momento da liquidação e apuramento do saldo final compensatório, “reservadas” a esse cônjuge, não integrando o activo da comunhão para efeitos de pagamento de dívidas. Dizemos reservadas na medida em que o pagamento das compensações realiza-se por imputação ou aumento do seu valor na meação do cônjuge devedor ou credor e a atribuição concreta da meação apenas se verifica após o pagamento das dívidas. Porém, isso não impede que, uma vez apurada a compensação a favor de um dos cônjuges, o seu valor se considere excluído do activo da comunhão para pagamento de dívidas e reservado ao cônjuge credor (ou seja, integrando o passivo comum, tal como as restantes dívidas a terceiros). Se as compensações a favor da comunhão integram a massa comum para efeitos de pagamento de dívidas, pois são valores que fazem parte da comunhão e que constituem um crédito a favor dela desde o momento do facto gerador da compensação, as compensações a favor de um dos cônjuges (e do seu património próprio) constituem também um crédito desse cônjuge e um débito da comunhão, pois trata-se de valores que a comunhão indevidamente utilizou em seu benefício, nunca tendo sido dela.

¹⁵¹⁴ É o que acontece, aliás, no direito francês (cfr. os arts. 1470.º e segs. do Cód. Civil francês). Porém, ao contrário do que se verifica na lei francesa, o pagamento das compensações decorre entre nós de uma interpretação do art. 1689.º, no sentido de se efectuar, no caso de compensação a favor do cônjuge, por aumento da meação do cônjuge ou pelo pagamento com bens próprios do outro cônjuge ao cônjuge credor e empobrecido, não se prevendo a possibilidade de levantamento antecipado, antes da partilha propriamente dita, de bens comuns (onde o cônjuge credor da compensação concorre com os credores comuns). Por isso, atendendo a que o pagamento será feito, à partida, pela meação, poderíamos supor o pagamento de dívidas antes da compensação ao cônjuge. Não perfilhamos tal entendimento e defendemos uma “reserva” por conta da meação do cônjuge credor, excluída do activo comum tendente ao pagamento de dívidas. Ou seja, o valor das compensações devidas ao cônjuge, ainda que pago por meio da sua meação nos bens comuns, deverá integrar o passivo da comunhão tal como as restantes dívidas a terceiros (concorrendo o cônjuge credor com os terceiros credores no pagamento do seu crédito).

A situação é diferente da prevista no § 1378.º, 2.º, do BGB, em que a *Zugewinnausgleich* apenas é paga com o activo restante depois de pagas as dívidas aos credores. De facto, neste caso trata-se de acautelar a posição de terceiros credores que têm o património do seu devedor como garantia geral das obrigações e não podem ser afectados pela sua transformação em adquiridos sujeitos à partilha. No caso de compensações trata-se de valores que não são da comunhão, ou seja, foi o cônjuge que pagou uma dada dívida comum sendo a responsabilidade do património comum. Por isso, tais valores devem ser excluídos do activo da comunhão, por não lhe pertencerem.

O que poderá acontecer é que, fazendo parte do passivo da comunhão as dívidas a terceiros e as compensações devidas a um dos cônjuges (ou a ambos), concorram entre si os credores e o cônjuge para pagamento dos seus créditos, muito embora o cônjuge só seja pago, na altura da partilha, mediante a sua meação nos bens comuns¹⁵¹⁵. Os terceiros credores e o cônjuge credor de uma compensação não deixam de ser credores face à comunhão, sem prejuízo das compensações, nos termos gerais de direito, de créditos e débitos compensatórios entre os patrimónios próprios dos cônjuges e o comum.

A tal poderia objectar-se que, para salvaguarda dos terceiros credores, que veriam aumentado o património comum, as compensações devidas a um dos cônjuges apenas seriam tidas em conta após o pagamento das dívidas, tanto mais que o cônjuge empobrecido nunca seria prejudicado, atendendo à garantia dada pela parte final do n.º 3 do art. 1689.º, ou seja, teria sempre a possibilidade de ser pago pelos bens próprios do cônjuge não credor.

Não nos parece, contudo, ser de perfilhar tais argumentos. Em primeiro lugar, não há aí que proteger os interesses dos credores que deverão, em princípio, apenas ser satisfeitos com os bens comuns existentes. A admitir que as compensações devidas a um dos cônjuges apenas se efectuassem após o pagamento das dívidas, os credores seriam pagos com bens ou valores que não são propriamente da massa comum, mas de um dos cônjuges.

Depois, as compensações são entre os patrimónios próprios e o comum. Admitir, à partida, que o cônjuge credor teria sempre a possibilidade de se fazer compensar pelos bens próprios do seu cônjuge seria desvirtuar tal entendimento e partir do princípio de que a compensação seria paga pelo património próprio do cônjuge não credor deixando o património comum para o pagamento das dívidas. É evidente que, atendendo ao que até aqui defendemos e ao entendimento por nós perfilhado, temos que rejeitar tal solução¹⁵¹⁶.

¹⁵¹⁵ Solução diferente decorre, como vimos na nota anterior, da norma do § 1378.º, 2.º, do BGB, e também do disposto no art. 1403.º do Cód. Civil espanhol, onde as dívidas da comunhão a terceiros credores são pagas em primeiro lugar. V., *infra*, p. 666, nota 1531, as críticas à solução prevista no art. 1403.º do Cód. Civil espanhol apontadas pela doutrina espanhola. Por outro lado, e no regime de comunhão geral, o § 1475.º do BGB determina como primeira operação da liquidação do regime o pagamento de dívidas comuns, entre as quais estão também as compensações devidas ao cônjuge (v., *infra*, p. 668).

¹⁵¹⁶ Parece-nos necessário estabelecer um regime específico, como operação própria da partilha da comunhão, para as compensações que, determinando o seu modo de avaliação e formas de pagamento, regulasse as compensações *stricto sensu* distinguindo-as de outras figuras como os créditos entre cônjuges e esclarecesse algumas dúvidas que facilmente se colocam no sistema actual. Defendemos que, para além das hipóteses já configuradas e admitidas, se deveria prever o levantamento prévio por

De acordo com o art. 1689.º, n.º 3, as dívidas dos cônjuges um ao outro¹⁵¹⁷ são pagas em primeiro lugar pela meação do cônjuge devedor no património comum e, não havendo bens comuns ou sendo estes insuficientes, pelos bens próprios do cônjuge devedor. De facto, e fazendo de igual modo parte das operações de liquidação e partilha da comunhão, há que atender também às compensações devidas pela comunhão ao património próprio de um dos cônjuges, quando por dívidas comuns tenham respondido bens próprios de um dos cônjuges (art. 1697.º, n.º 1).

Será o saldo compensatório final que poderá ser a favor do património próprio de um dos cônjuges. Quando tal aconteça dispõe o art. 1697.º, n.º 1, que o cônjuge que pagou com os seus bens próprios uma dívida comum torna-se credor do outro pelo que pagou a mais. Sabemos já quais as razões aduzidas por Braga da Cruz para o surgimento de um crédito a favor do outro cônjuge e não a favor da comunhão. Aí apresentámos também a nossa posição face ao problema, pelo que omitimos a sua repetição¹⁵¹⁸.

Se não existe passivo (relativo a terceiros credores), cada um dos cônjuges recebe os seus bens próprios e a sua meação nos bens comuns, depois de efectuadas as devidas compensações¹⁵¹⁹. Feita a conferência dos bens devidos à massa comum¹⁵²⁰, deverá proceder-se à divisão desta, à partilha propriamente dita, entregando a cada um dos cônjuges a sua meação, que não será necessariamente igual a metade do património comum, atendendo às eventuais compensações que possam existir e ao seu eventual pagamento por imputação na meação do cônjuge.

parte do cônjuge credor da compensação como forma de pagamento, no seguimento do que já faz a lei francesa e a lei italiana, permitindo-se, desse modo, ainda que concorrendo com os restantes credores comuns, salvaguardar a posição do cônjuge credor da compensação contra uma eventual insolvência do outro cônjuge.

Corroborando tal entendimento, o art. 1475.º, 1.º, do Cód. Civil francês, dispõe que depois de efectuados todos os levantamentos (*prélèvements*) sobre a massa comum, o restante será partilhado, por metade, entre os cônjuges.

¹⁵¹⁷ V., o que dissemos *supra*, p. 581, e nota 1365, a propósito do entendimento por nós defendido quanto a estas dívidas, podendo considerar-se não só os créditos entre cônjuges como as compensações do art. 1697.º, n.º 1.

¹⁵¹⁸ V., *supra*, pp. 578 e segs.

¹⁵¹⁹ É evidente que existindo compensações devidas pela comunhão ao cônjuge, em virtude de outras transferências patrimoniais, o seu pagamento efectuar-se-á de modo a compensarem-se, integralmente ou em parte, umas pelas outras. Contra, Eduardo da Silva Carvalho, *ob. cit.*, vol. I, p. 187, e vol. II, p. 194, que, à luz do Cód. Civil de 1867, entendia que ambos os cônjuges deviam conferir o que lhes cabia ao património comum, não lhes sendo permitido por lei compensações entre os seus débitos e créditos.

¹⁵²⁰ Não nos parece correcto continuar a falar em comunhão depois da liquidação, uma vez que aquele património comum de afectação especial já não existe e, também por isso, já foi possível apurar e determinar o valor das compensações devidas. A esta questão voltaremos mais adiante.

Quando, porém, haja dívidas a pagar, uma vez completada a massa comum pelas compensações devidas por um dos cônjuges ao património comum¹⁵²¹, o n.º 2 do art. 1689.º manda efectuar primeiro o pagamento das dívidas comunicáveis, à custa do património comum. Só depois de saldadas tais dívidas poderão ser pagas, à custa dos bens comuns, as dívidas restantes (cfr. o art. 1696.º). Se o património comum não for suficiente para o pagamento integral da dívida comum, poderá ser paga à custa dos bens próprios, de acordo com as regras específicas do regime que vigorou entre os cônjuges (cfr. o art. 1695.º). Portanto, o pagamento de dívidas a terceiros é regulado pelo art. 1689.º, n.º 2, ou seja, o património comum paga em primeiro lugar as dívidas comuns e só depois as dívidas próprias; os patrimónios próprios pagam indistintamente todas as dívidas (próprias e comuns) se os bens comuns não chegarem para pagar as dívidas comuns¹⁵²².

No ordenamento jurídico francês, depois de dissolvida a comunhão, procede-se à liquidação da massa comum, activa e passiva (art. 1467.º do Cód. Civil francês)¹⁵²³, estabelecendo-se, no nome de cada cônjuge, uma conta de compensações entre o que a comunhão lhe deve e o que ele deve à comunhão (art. 1468.º do Cód. Civil francês). Calculada a compensação (art. 1469.º do Cód. Civil francês) e apurado o saldo final a favor da comunhão, o cônjuge devedor deverá restituir o montante em causa à comunhão. Atendendo ao art. 1476.º do Cód. Civil francês, que manda aplicar à partilha da comunhão as regras da partilha sucessória, a compensação poderá fazer-se pela meação do cônjuge devedor na partilha, recebendo uma meação menor que o seu cônjuge. Além disso, a compensação pode fazer-se pelo pagamento à massa comum das somas em dívida sempre que o débito do cônjuge enriquecido ultrapasse a sua parte na comunhão. Se a compensação for a cargo da comunhão, o cônjuge empobrecido e

¹⁵²¹ Se as compensações devidas pelos cônjuges apenas se efectuassem depois do pagamento das dívidas comuns, seria fácil ludibriar os credores da massa comum, esvaziando a comunhão de bens. É, contudo, o que parece decorrer dos §§ 1475.º e 1476.º, 2.º, do BGB. Ou seja, só depois de pagas as dívidas é que se considera a compensação devida pelo cônjuge à comunhão, por imputação desta na sua meação. Não podemos, todavia, esquecer que o direito alemão prevê uma especial protecção ao credor que não foi pago antes da partilha ou por não existirem bens comuns no § 1480.º do BGB.

¹⁵²² Repare-se que os credores comuns, apesar de não terem qualquer preferência face aos credores próprios no caso de pagamento com bens próprios, estão numa posição mais vantajosa pois beneficiam do regime de solidariedade do art. 1695.º, n.º 1 (Pires de Lima, “Anteprojecto de dois títulos do novo Código Civil ...”, *loc. cit.*, p. 24, e Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 484).

¹⁵²³ A liquidação da comunhão pode ocorrer algum tempo depois da dissolução do casamento, sendo de aplicar nesse período, como veremos, as regras da indivisão ordinária. Isto significa também que, no momento da liquidação, ao passivo comum existente no momento da dissolução do casamento deve ainda acrescentar-se o passivo dessa indivisão pós-comunhão (M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, p. 222).

credor da compensação poderá exigir o seu pagamento ou levantar previamente bens comuns até à satisfação do valor da compensação (arts. 1470.º, 1471.º, e 1472.º do Cód. Civil francês). Só depois de efectuado o pagamento das compensações, que integram o activo ou passivo da comunhão, se efectuará a partilha do remanescente, por metade (art. 1475.º, 1.º, do Cód. Civil francês)¹⁵²⁴.

A massa partilhável inclui todos os bens que integram a indivisão pós-comunhão aumentada, dado o caso, pelo saldo das contas de compensações favorável à comunhão e diminuída pelo mesmo saldo se for desfavorável à comunhão¹⁵²⁵.

Por sua vez, o direito italiano, determinando no art. 192.º do Cód. Civil as compensações devidas à ou pela comunhão, e sua forma de pagamento, regula no art. 194.º do Cód. Civil italiano a divisão dos bens comuns, devendo repartir-se em partes iguais pelos cônjuges o activo e o passivo remanescente. A lei italiana não regula, tal como a portuguesa (ainda que esta última tenha um artigo específico relativo à partilha, determinando, em geral, as operações a efectuar), como se procederá e a modalidade da divisão e partilha dos bens. A doutrina tem entendido, tratando-se da divisão de um património colectivo e não de bens determinados, dever aplicar-se analogicamente o regime da partilha sucessória¹⁵²⁶. De todo o modo, o art. 195.º do Cód. Civil italiano

¹⁵²⁴ De ressaltar, porém, os casos de atribuição preferencial previstos nos arts. 832.º, 1475.º, 2.º, e 1476.º, 2.º (atribuição preferencial nos casos de dissolução por divórcio ou de separação de pessoas ou de bens), e os casos de *divertissement* e *recel* previstos no art. 1477.º do Cód. Civil francês (que podemos traduzir, respectivamente, como o acto intencional de um cônjuge retirar da comunhão bens de que não é titular, subtraindo-os à partilha, e de dissimular os efeitos já na sua posse – fica o cônjuge em causa privado dos efeitos que produziu. Um exemplo, apresentado pela jurisprudência, é o da elaboração pelo cônjuge sobrevivente de um falso testamento, atribuindo-lhe a qualidade de sucessor universal). V., F. Terré/Ph. Simler, *ob. cit.*, pp. 505 e segs., e A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, pp. 482-489.

¹⁵²⁵ Como tivemos oportunidade de verificar, o direito francês regula as compensações no âmbito da liquidação e partilha da comunhão, permitindo uma regulamentação específica dos seus problemas, não surgindo confundidas com outras questões relativas à partilha, como acontece no art. 1689.º do nosso Cód. Civil, prevendo meios próprios de pagamento das compensações. Tal especificação e diferenciação permite distinguir com maior clareza as compensações dos créditos entre cônjuges.

De facto, os arts. 1478.º e 1479.º do Cód. Civil francês determinam que, se após a partilha, e se não foram exercidos anteriormente, existirem créditos pessoais de um dos cônjuges em relação ao outro, nomeadamente, quando um dos cônjuges tenha pago uma dívida própria do outro, o cônjuge credor poderá exigir o pagamento do seu crédito sobre a meação na comunhão que coube ao outro cônjuge ou sobre os seus bens próprios. Repare-se que estes créditos, precisamente por não se tratar de compensações, não permitem ao cônjuge credor o exercício de levantamentos prévios e apenas contam juros a partir da acção no sentido da sua exigibilidade (desde o dia da notificação) – cfr. o art. 1479.º do Cód. Civil francês, ao qual a Reforma de 1985 introduziu um § 2.º remetendo, na falta de acordo das partes em sentido contrário, para o art. 1469.º, 3.º, do Cód. Civil francês, nos casos aqui previstos. V., Civ. 1.ª, de 12 de Junho de 1990 (*Bull. Civ. I*, n.º 165; *Defrénois*, 1990, p. 872, obs. Champenois), citado no *Code Civil*, 100.ª ed., Dalloz, 2001, p. 1196, onde se decidiu que, por aplicação do art. 1479.º, 2.º, do Cód. Civil francês, a quantia adiantada pela mulher ao marido para a aquisição de um bem, deve ser reavaliada na medida da mais valia visada por esse adiantamento ao património do cônjuge.

¹⁵²⁶ V., Schlesinger, *ob. e loc. cit.*, sob a direcção de Carraro/Oppo/Trabucchi, p. 448, Corsi, *Il regime patrimoniale...*, *cit.*, p. 199, F. Mastropaolo/P. Pitter, *ob. e loc. cit.*, p. 370, e M. Paladini, *ob. e loc. cit.*, p. 450.

determina que, na divisão, cada um dos cônjuges poderá levantar os seus bens próprios, ou seja, os bens levados para o casamento e os adquiridos ao longo dele por doação ou sucessão¹⁵²⁷. Assim, a operação preliminar da divisão da comunhão consiste, como é evidente, na separação dos bens pertencentes à comunhão dos bens próprios dos cônjuges, com vista à formação da massa a partilhar.

No caso de falta do bem que o cônjuge tem direito de levantar, o art. 196.º do Cód. Civil italiano prevê a possibilidade de o cônjuge proprietário obter o valor em vez do bem, salvo se a falta se dever a consumação pelo uso ou perecimento ou qualquer outra causa não imputável ao outro cônjuge¹⁵²⁸. O direito de levantamento não pode, contudo, ser exercido em prejuízo de terceiros (cfr. o art. 197.º do Cód. Civil italiano).

Retirados os bens próprios pertencentes a cada um dos cônjuges, determinar-se-á a massa comum, integrando o activo da comunhão, para além dos bens adquiridos, os bens que integram a *comunio de residuo* (arts. 177.º, als. b) e c), e 178.º do Cód. Civil italiano) e os *rimborsi* devidos à comunhão. Do mesmo modo, integram o passivo da comunhão, além das dívidas que a oneram, as *restituzioni* devidas pela comunhão.

Atendendo aos elementos que compõem o activo e passivo da comunhão, o remanescente será repartido por igual entre os cônjuges. Estabelece-se, assim, uma regra inderrogável de repartição igualitária do activo e do passivo da comunhão, idêntica, aliás, ao nosso art. 1730.º.

O direito espanhol, depois de se referir às compensações, nos termos vistos, no regime de comunhão de adquiridos (*sociedad de gananciales*), regula a liquidação e

¹⁵²⁷ O art. 195.º do Cód. Civil italiano refere-se em particular aos bens móveis mas deverá abranger todos os bens considerados como próprios dos cônjuges, nos termos do art. 179.º do mesmo código. V., A. Pino, *ob. cit.*, p. 119, F. Mastropaolo/P. Pitter, *ob. e loc. cit.*, pp. 379 e 380, nota 7, Santosuosso, *Beni ed attività economica...*, *cit.*, p. 201, e M. Paladini, *ob. e loc. cit.*, p. 439.

Importa chamar a atenção para o facto de o direito de levantamento previsto no art. 195.º do Cód. Civil italiano nada ter que ver com o levantamento prévio previsto no art. 192.º, 5.º, do Cód. Civil italiano, como forma de pagamento das compensações, onde se reconhece ao cônjuge credor da compensação uma forma de exercer o seu direito sobre os bens comuns. A norma do art. 195.º do Cód. Civil italiano refere-se à faculdade, inerente ao direito de propriedade, de retirar bens próprios, separando-os da comunhão.

¹⁵²⁸ Traduz o disposto no anterior art. 229.º do Cód. Civil italiano que, contudo, apenas se referia aos bens da mulher.

Quanto à disposição do art. 196.º do Cód. Civil italiano, pode entender-se que o valor em causa é prestado pelos bens comuns. V., Schlesinger, *ob. e loc. cit.*, sob a direcção de Carraro/Oppo/Trabucchi, p. 451, F. Mastropaolo/P. Pitter, *ob. e loc. cit.*, p. 386 – no caso de perda do bem por causa não imputável ao outro cônjuge (se o for devem responder os bens deste), Santosuosso, *Beni ed attività economica...*, *cit.*, p. 202, M. Paladini, *ob. e loc. cit.*, pp. 442 e 443, e A. Galasso, *ob. cit.*, p. 544, salvo se a perda do bem for da responsabilidade do outro cônjuge. Também com esta ressalva pronunciou-se Guido Tedeschi, *ob. cit.*, p. 749, a propósito do antigo art. 229.º do Cód. Civil italiano. Corsi, *Il regime patrimoniale...*, *cit.*, p. 198, considera que o direito de obtenção do valor verifica-se face ao património próprio do outro cônjuge, salvo se a perda do bem resultar de consumo, perda ou outra causa não imputável a este cônjuge.

partilha da comunhão nos arts. 1392.º e segs. do Cód. Civil, fixando o art. 1410.º do mesmo diploma legal a aplicação das regras relativas à partilha sucessória.

Dissolvida a comunhão proceder-se-á à sua liquidação que se iniciará com o inventário do activo e passivo da comunhão (arts. 1396.º e segs. do Cód. Civil espanhol)¹⁵²⁹. Sabemos já que o valor actualizado das compensações integram o activo ou passivo consoante sejam a favor ou contra a comunhão (arts. 1397.º, 3.º, e 1398.º, 3.º, do Cód. Civil espanhol).

Uma vez apurado o activo e o passivo da comunhão, pagar-se-ão as dívidas comuns, começando pelas alimentícias. Se os bens comuns não forem suficientes, observar-se-ão as regras relativas à concorrência de créditos (cfr. o art. 1400.º do Cód. Civil espanhol).

Dispõe o art. 1403.º do Cód. Civil espanhol que, pagas as dívidas da comunhão, efectuar-se-á o pagamento das indemnizações e *reintegros* devidos a cada um dos cônjuges até ao montante dos bens comuns inventariados, fazendo-se as devidas compensações quando o cônjuge seja simultaneamente devedor da comunhão.

Apesar de a lei não regular as formas de pagamento, entende-se que as compensações devidas à ou pela comunhão ao(s) ou pelo(s) cônjuge(s) são pagas, salvo a devida compensação entre créditos e débitos, em dinheiro (solução maioritariamente defendida na doutrina) ou por imputação na meação que cabe ao cônjuge devedor ou credor – “*toma de menos*” ou “*toma de más*” (como, aliás, dispõe o art. 1373.º, 2.º, do Cód. Civil espanhol)¹⁵³⁰.

Repare-se, porém, que o art. 1403.º do Cód. Civil espanhol prevê o pagamento das dívidas da comunhão em momento prévio à efectivação do pagamento das

¹⁵²⁹ Poderá haver liquidação com ou sem inventário, decorrendo, contudo, neste último caso, especiais obrigações e responsabilidades em relação a terceiros e aos interessados na liquidação (art. 1401.º do Cód. Civil espanhol). Se os credores não participarem na liquidação, exercendo o direito que lhes concede o art. 1082.º do Cód. Civil espanhol, a liquidação é-lhes oponível e, assim, ainda que mantenham os seus direitos sobre os bens comuns adjudicados ao cônjuge devedor, não podem invocar a perda do benefício de inventário para responsabilizar também o outro cônjuge. V., Díez-Picazo/Antonio Gullón, *ob. cit.*, p. 204, e Lledó Yagüe, *et alii*, *ob. cit.*, p. 271.

As regras processuais para a liquidação e partilha dos regimes de bens constam dos arts. 806.º a 811.º da *Ley de Enjuiciamiento Civil*.

¹⁵³⁰ Sobre as formas de pagamento das compensações no direito espanhol, v., M.ª Teresa Martín Meléndez, *ob. cit.*, pp. 518-540, e Carmen López Beltrán de Heredia, *ob. cit.*, pp. 300-312.

No entendimento de M.ª Teresa Martín Meléndez, *ob. cit.*, pp. 528 e 529, caberá ao cônjuge devedor optar pelo pagamento em dinheiro ou por imputação na sua meação, salvo o caso previsto no art. 1373.º, 2.º, do Cód. Civil espanhol, onde se efectuará sempre por imputação. No caso de se realizar por imputação, faltando bens comuns suficientes deverá o remanescente efectuar-se em dinheiro. Havendo acordo dos cônjuges pode também efectuar-se o pagamento da compensação devida pelo levantamento de bens comuns pelo cônjuge não devedor no mesmo valor da quantia devida pelo outro cônjuge (hipótese expressamente prevista pela lei francesa no art. 1471.º do Cód. Civil francês e pela lei italiana, no art. 195.º do Cód. Civil italiano, e que resulta também do art. 1432.º do Cód. Civil espanhol em matéria do regime de participação nos adquiridos).

compensações. Como resulta dos arts. 1397.º e 1398.º do Cód. Civil espanhol, a compensação devida ao cônjuge ou à comunhão já está previamente reservada a esta ou àquele, sendo, por isso, utilizada ou excluída do pagamento de dívidas, constituindo elemento do activo ou passivo da comunhão, respectivamente. Em todo o caso, as dívidas a terceiros credores pagar-se-ão previamente pelos elementos integrantes do activo da comunhão e as compensações devidas a um dos cônjuges, compondo também o seu passivo, serão ulteriormente pagas pelo activo restante¹⁵³¹. Se não há bens comuns para pagamento aos credores, ainda que haja activo constituído pelas compensações devidas pelo cônjuge à comunhão, parece que este deve imediatamente integrar o património comum com o respectivo valor da compensação¹⁵³².

Nos termos do art. 1404.º do Cód. Civil espanhol, o remanescente, depois de pagas as dívidas, as indemnizações e as compensações, dividir-se-á por metade entre os cônjuges, ou seja, dividir-se-ão entre os cônjuges os bens comuns subtraindo os que foram utilizados para saldar o passivo.

Tal como o art. 1478.º do Cód. Civil francês, também o art. 1405.º do Cód. Civil espanhol regula os créditos entre cônjuges¹⁵³³, determinando que se, no momento da

¹⁵³¹ Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida, *et alii*, *Elementos de Derecho Civil. Familia, cit.*, pp. 218 e 219, defendem que a condição inferior a que o art. 1403.º do Cód. Civil espanhol sujeita as compensações devidas pela comunhão aos cônjuges face aos restantes credores comuns não é aceitável. Compreendia-se tal solução à luz do direito anterior, em que o marido era administrador dos bens comuns e, como tal, apenas ele os podia endividar, assumindo-se as obrigações comuns também como suas dívidas pessoais. Não aceitam, portanto, que tal situação se mantenha no direito actual onde ambos os cônjuges administram os bens comuns. Por isso, não deverá entender-se o art. 1403.º do Cód. Civil espanhol no seu sentido literal, antes se admitindo que o cônjuge credor da compensação a venha exigir em concorrência com os outros credores da comunhão. Para mais, além de não ser coerente com a solução dada às compensações devidas à comunhão, que são pagas em concorrência com os credores pessoais dos cônjuges, levaria a que um cônjuge suportasse as dívidas comuns (apenas ele) pelo facto de não poder concorrer com os outros credores. No mesmo sentido, v., Gavidia Sanchez, *ob. cit.*, pp. 150-154. Contra, defendendo a solução do art. 1403.º do Cód. Civil espanhol, v., José A. Alvarez-Caperochipi, *ob. cit.*, p. 275. Repare-se que tal preferência é apenas concedida aos credores comuns e não aos pessoais, e, por isso, as compensações aos cônjuges são prioritárias face aos credores pessoais de cada cônjuge. Ou seja, os credores pessoais só serão pagos pela meação nos bens comuns do devedor depois de já realizado o pagamento das dívidas comuns e compensações ao cônjuge (M.ª Pilar Alvarez Olalla, *ob. cit.*, p. 252). Diferente é a situação dos créditos entre cônjuges prevista no art. 1405.º do Cód. Civil espanhol, que não estabelece qualquer direito de preferência mas a possibilidade de obter o pagamento do crédito mediante bens comuns. Como refere Ragel Sánchez, *ob. cit.*, p. 235, o credor pessoal pode opor-se a esta dação em pagamento do art. 1405.º do Cód. Civil espanhol, através da acção pauliana, contando, aliás, com a presunção do art. 1297.º do Cód. Civil espanhol, tratando-se de alienação a título oneroso realizada pelo cônjuge contra quem foi requerida penhora de bens.

¹⁵³² Carmen López Beltrán de Heredia, *ob. cit.*, p. 310.

¹⁵³³ Os créditos e dívidas existentes entre patrimónios próprios dos cônjuges são alheios à liquidação da comunhão e apenas se regulam na norma prevista no art. 1405.º do Cód. Civil espanhol - M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, p. 1799. A hipótese normal de aplicação do art. 1405.º do Cód. Civil espanhol é a de o crédito que se visa satisfazer já se encontrar vencido. Contudo, o artigo pode também aplicar-se aos créditos ainda não vencidos, determinando, assim, a liquidação da comunhão um vencimento antecipado. Quando assim aconteça, dado que o crédito foi antecipadamente pago, deve permitir-se ao devedor o respectivo desconto. V., mesmo autor e obra, pp. 1800 e 1801.

liquidação, um dos cônjuges se apresentar como credor pessoal do outro poderá exigir a satisfação do seu crédito, se não o tiver feito no decurso da comunhão, pela adjudicação de bens comuns¹⁵³⁴, salvo se o cônjuge devedor pagar voluntariamente, em dinheiro ou em espécie, enquanto que o art. 1689.º, n.º 3, do Cód. Civil português, confunde as compensações *stricto sensu* e créditos entre cônjuges. De facto, seria desejável que, tal como os outros ordenamentos, também o direito português contemplasse uma regulamentação distinta para as compensações e os créditos entre cônjuges, determinando diferentes formas de se proceder ao seu pagamento, não confundindo as duas espécies¹⁵³⁵.

Na regulamentação do regime convencional da comunhão de bens, o direito alemão determina que, uma vez terminada a comunhão, se proceda à sua liquidação e partilha (de acordo com as regras da compropriedade (§§ 741.º e segs. do BGB)¹⁵³⁶ - § 1471.º, 1.º, do BGB), que se realizará de acordo com os §§ 1475.º a 1481.º do BGB, salvo se os cônjuges estipularem de outra forma (§ 1474.º do BGB). A liquidação e partilha compreendem, como primeira operação, o pagamento das dívidas a cargo do património comum (§ 1475.º do BGB)¹⁵³⁷ e a divisão do remanescente em partes iguais entre os cônjuges (§§ 1476.º e 1477.º, 1.º, do BGB), efectuando-se as devidas compensações (§ 1476.º, 2.º, do BGB)¹⁵³⁸. Repare-se que no regime de comunhão no direito alemão as dívidas comuns são pagas em primeiro lugar (§ 1475.º do BGB), e só depois as

¹⁵³⁴ Se se está a proceder à partilha dos bens comuns, acautela-se aqui o crédito de um dos cônjuges contra o outro, satisfeito pela adjudicação de bens comuns que, entende-se, integrem a meação do cônjuge devedor na comunhão, a qual, em virtude de tal pagamento, ficará reduzida no valor do crédito em causa.

¹⁵³⁵ Na sequência da regulamentação proposta pelo direito francês, o direito espanhol apresenta, nos arts. 1406.º e 1407.º do Cód. Civil espanhol, excepções ao princípio da igualdade qualitativa e quantitativa na distribuição das meações entre os cônjuges, determinando a atribuição preferencial de certos bens a favor de um dos cônjuges. A figura da atribuição preferencial visa a satisfação de interesses pessoais que o ordenamento jurídico considera dignos de tutela e que seriam gravemente lesados se a partilha se fizesse de forma rigorosamente igualitária. É o caso da continuação do exercício de uma dada actividade profissional ou empresarial ou o interesse em utilizar a casa de morada da família ou bens de uso pessoal. É, aliás, o que ocorre nos arts. 1731.º e 2103.º-A e segs. do nosso Cód. Civil. Cfr. Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 442 e segs. Também o § 1477.º, 2.º, do BGB, regula a atribuição preferencial de certos bens no momento da partilha.

Para uma análise dos arts. 1406.º e 1407.º do Cód. Civil espanhol, v., entre outros, M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 1801-1803, e Carmen López Beltrán de Heredia, *ob. cit.*, pp. 321-325.

¹⁵³⁶ Ou seja, em primeiro lugar far-se-á *in natura* (§ 752.º do BGB) e só na sua impossibilidade em valor, pela venda de bens (§§ 753.º e 754.º do BGB). V., Staudinger, *ob. cit.*, §§ 1363.º-1563.º, § 1477 Rdn. 2 e 3, pp. 713 e 714, e Thomas Wittich, *ob. cit.*, pp. 58-61.

¹⁵³⁷ Se a dívida ainda não se venceu ou é objecto de processo litigioso, os cônjuges devem reter bens comuns necessários para o seu pagamento (sendo sempre o credor protegido pela norma do § 1480.º do BGB). Se a dívida, nas relações internas entre os cônjuges, for da responsabilidade definitiva de um deles, não pode este exigir o seu pagamento mediante bens comuns. V., MünchKomm - *Kanzleiter*, § 1475 Rdn. 5 e 6, p. 705.

¹⁵³⁸ Para uma análise da liquidação do regime da comunhão no direito alemão, v., Thomas Wittich, *ob. cit.*, pp. 38-61.

compensações devidas por um cônjuge ao património comum (§ 1476.º do BGB). Contudo, não parece que os credores comuns fiquem prejudicados, atendendo ao disposto no § 1480.º do BGB. Por outro lado, os credores comuns também não têm preferência no pagamento face ao cônjuge credor da compensação, tal como acontece no § 1378.º, 2.º, do BGB, dado que entre as dívidas da comunhão devem incluir-se as compensações devidas ao património próprio de um dos cônjuges¹⁵³⁹.

Regressando ao nosso ordenamento jurídico, uma vez pagas as dívidas e as compensações (e já vimos não haver aqui uma hierarquia no seu pagamento, ou seja, as compensações ao cônjuge concorrem com o pagamento das dívidas a terceiros, não sendo estas pagas em primeiro lugar, como acontece com o § 1378.º, 2.º, do BGB), procede-se à partilha propriamente dita. Esta faz-se de acordo com o regime de bens que vigorou no decurso do casamento, com as excepções dos arts. 1719.º e 1790.º¹⁵⁴⁰. Só se partilha o activo líquido, isto é, os bens comuns existentes depois de realizadas as operações de liquidação.

Imagine-se agora a contracção de uma dívida no decurso do casamento. Os cônjuges acabam por divorciar-se procedendo à liquidação e partilha do regime de comunhão vigente. O credor não reclamou a sua dívida (nomeadamente, no caso de partilha extrajudicial), não constando esta do passivo da comunhão. Uma vez realizada a partilha dos bens, o credor vem reclamar o pagamento da sua dívida, alegando e provando que no momento em que foi contraída a mesma era comum, e, por isso, exigindo o seu pagamento mediante os bens comuns e subsidiariamente sobre os bens próprios de qualquer um dos cônjuges¹⁵⁴¹. Ora, não havendo já bens comuns, terá o cônjuge que não contraiu a dívida que a pagar, nos termos do art. 1695.º, n.º 1, ou seja, pagar mesmo a totalidade da dívida, sendo certo que o casamento já se dissolveu e se procedeu à partilha dos bens comuns?

Esta solução protegeria seguramente melhor os interesses de terceiros credores mas poderá obviamente ser gravosa para o cônjuge que não contraiu a dívida. Contudo, há que proteger o direito dos terceiros credores nestas situações. De facto, e excluindo os

¹⁵³⁹ Thomas Wittich, *ob. cit.*, p. 44.

¹⁵⁴⁰ De chamar também a atenção no caso da partilha às atribuições preferenciais de bens previstas nos arts. 1731.º e 2301.º-A.

¹⁵⁴¹ Apesar da dissolução do regime de bens e da partilha, optámos por continuar a falar em cônjuges e não ex-cônjuges. Na verdade, pode acontecer que a dissolução do regime de bens, por força da dissolução do casamento, ocorra não só no caso de divórcio, onde teríamos ex-cônjuges, mas também no caso de morte, onde existiria o cônjuge e os herdeiros. Além disso, nos ordenamentos jurídicos que temos vindo a analisar a dissolução do regime de bens nem sempre passa pela dissolução do casamento, podendo decorrer de uma alteração do regime de bens.

casos em que a culpa é sua por não ter reclamado o seu crédito, o credor não pode ser prejudicado pela partilha efectuada entre os cônjuges se detém um crédito que consubstancia uma dívida comum¹⁵⁴². Por outro lado, tratando-se de dívida contraída no decurso do casamento (art. 1690.º, n.º 2) será de aplicar o regime da responsabilidade por dívidas do casal e não pode considerar-se haver qualquer prejuízo para o cônjuge que não contraiu a dívida. O problema estará na concretização prática da responsabilidade patrimonial. Ora, não havendo mais património comum como responderão os cônjuges face a terceiros?

Uma hipótese será a de recorrer à solução prevista no art. 1689.º, n.ºs 2 e 3, para a partilha, ou seja, não havendo bens comuns (que ingressaram no património próprio de cada um dos cônjuges) respondem pela dívida os bens próprios de cada um dos cônjuges de acordo com as regras de cada regime de bens (solidariamente se era a comunhão o regime vigente ou conjuntamente se o regime era de separação de bens). Significa, portanto, que no regime de comunhão cada um dos cônjuges responde solidariamente pela dívida, podendo, se respondeu integralmente, ter direito de regresso face ao outro cônjuge (e tratar-se-á aqui, por não haver património comum, de estabelecer créditos entre cônjuges). No regime de separação, o credor apenas poderá exigir o pagamento por metade.

Ainda que esta solução esteja prevista para a realização da partilha nada impede a sua utilização nos casos de partilha já realizada onde haja que pagar uma dívida comum. Os credores estarão, assim, protegidos e os cônjuges respondem por uma dívida que era comum, não podendo considerar-se que haja qualquer prejuízo da sua parte. A solução pode encontrar obstáculo no facto de se aplicar o regime da responsabilidade por dívidas entre os cônjuges quando já houve dissolução do casamento (recorre-se à solução do art. 1695.º por ligação com o art. 1689.º). Em todo o caso, não podemos esquecer que a dívida foi contraída no decurso do casamento o que implica, face aos credores, um regime de responsabilidade por dívidas que nessa altura vigorava. O único obstáculo é a inexistência de património comum que, entretanto, foi partilhado entre os cônjuges, pelo que a responsabilidade deste passará pelas meações recebidas por cada um dos cônjuges. Ou seja, mesmo tendo já havido partilha, deve considerar-se reintegrado o património comum para efeitos do pagamento da dívida em causa.

¹⁵⁴² É a mesma lógica que justifica também que as convenções antenupciais não registadas não produzam efeitos face a terceiros, aplicando-se-lhes, nas suas relações com os cônjuges, o regime supletivo. Ora, também aqui dever-se-ia continuar a aplicar-lhes o regime de bens vigente para cuja partilha não tiveram tais credores qualquer intervenção.

Considerar-se-á a meação que cada cônjuge recebeu do património comum (que se presume ser de metade – art. 1730.º), respondendo ambas as meações, na mesma proporção (metade), pela dívida comum. Na falta ou insuficiência de tais bens “comuns” respondem os bens próprios dos cônjuges nos mesmos termos referidos (solidária ou conjuntamente, consoante o regime de bens que vigorou entre os cônjuges). Semelhante solução ocorre no caso de regresso do ausente com a restituição dos seus bens (art. 113.º). De facto, a justificação da ausência gera a partilha dos bens do ausente seja em relação aos herdeiros (arts. 103.º e 109.º) seja em relação ao cônjuge (art. 108.º), neste caso para partilha dos bens do casal. Uma vez regressado o ausente os seus bens ser-lhe-ão entregues logo que ele o requeira. O mesmo ocorre no caso de declaração de morte presumida, ainda que aqui o património lhe seja devolvido no estado em que se encontrar (admitindo-se, no entanto, a sub-rogação real), nos termos do art. 119.º. Repare-se que o património do ausente ingressou no património do seu cônjuge ou dos seus herdeiros e agora é reintegrado novamente. Idêntico raciocínio poderá usar-se para reintegrar o património comum para pagamento de uma dívida comum contraída no decurso do casamento mas exigida depois da partilha da comunhão.

Não nos repugna, portanto, a aplicação do art. 1695.º, por força do art. 1689.º, para responsabilizar cada um dos cônjuges, sendo certo que, em primeiro lugar, deverão os cônjuges responder com os bens comuns que integraram a sua meação e que foi inserida no seu património próprio e respondem depois solidária ou conjuntamente com o restante património próprio. A única diferença face aos credores que exigiram o seu pagamento antes da partilha é que deixa de haver qualquer preferência destes face aos credores pessoais de cada cônjuge. De facto, a preferência apenas existia em relação ao património comum que, de facto, deixou de existir. Em todo o caso, os credores comuns continuam com uma garantia acrescida do seu crédito que não têm os credores de cada um dos cônjuges. Na verdade, a responsabilidade não é apenas de um dos cônjuges (o que contraiu a dívida) mas de ambos os cônjuges (os dois receberam, em princípio, a sua meação nos bens comuns) solidária ou conjuntamente. Acautela-se, assim, a posição do credor que não fica prejudicado com a partilha e os cônjuges respondem por uma dívida que era da responsabilidade comum, não enriquecendo injustamente à custa do credor¹⁵⁴³.

¹⁵⁴³ Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, cit., vol. VI, pp. 475 e 476 e pp. 539 e 540, apresentava, à luz do Cód. de Seabra, uma outra solução que em nada protege os credores. No caso de dívida comum, a partilha impunha-se aos credores, dado

Uma outra hipótese de regulamentação das dívidas em causa será a de aplicar, por analogia com a partilha sucessória, o art. 2098.º. Ou seja, efectuada a partilha, cada herdeiro responderá pelos encargos da herança em proporção da quota que lhe tenha cabido, sendo de referir que os credores da herança gozam de preferência sobre os credores pessoais do herdeiro e que tal preferência mantém-se nos cinco anos subsequentes à abertura da sucessão ou à constituição da dívida, se esta é posterior, mesmo que a herança tenha sido partilhada (art. 2070.º, n.ºs 1 e 3, em equiparação com a preferência dos credores comuns face ao património comum, prevista no art. 1689.º, n.º 2). Enquanto a herança se manteve no estado de indivisão todos os bens hereditários respondiam colectivamente (art. 2097.º). A partir da divisão da herança, passa a responder cada herdeiro, individualmente, pela satisfação de cada dívida ou encargo da herança, mas apenas na proporção da quota que lhe coube na partilha (art. 2098.º)¹⁵⁴⁴. Regulamentação semelhante deverá valer no caso de dívidas contraídas no decurso do casamento e que apenas são exigidas depois da partilha do património comum¹⁵⁴⁵.

deixar de existir património comum, mas apenas bens próprios. Os credores comuns sofreriam, assim, a concorrência dos credores pessoais dos cônjuges, não havendo preferência daqueles sobre estes (salvo pelo estabelecimento de garantias especiais). Além disso, não tinham os credores a garantia acrescida que vimos, dado que a partilha das dívidas entre os cônjuges implicava que fosse adjudicada ao cônjuge em causa o pagamento da dívida (ainda que contraída por ambos), como decorria por analogia do art. 2115.º do Cód. de Seabra. Se fosse repartida pelos dois cônjuges o credor poderia exigir a mesma a ambos por metade. Ou seja, o credor comum passava a ser credor pessoal do cônjuge que contraiu a dívida.

¹⁵⁴⁴ Dentro, portanto, das forças dos bens que especificamente recebeu da herança, nos termos do art. 2071.º V., Pereira Coelho, *Direito das Sucessões*, Coimbra, ed. processada em computador, 1992, pp. 259 e 260, e Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil...*, cit., vol. VI, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp. 160 e 161. Sem prejuízo dos credores da herança, podem os herdeiros acordar que o pagamento de certo encargo (seja uma dívida do *de cuius*, seja um legado) se realize à custa de dinheiro ou de outros bens separados para o efeito, ou se faça à custa de um só dos herdeiros ou apenas de alguns deles. Este acordo interno produz efeitos em relação aos credores (ou legatários), por força do n.º 3 do art. 2098.º, por se entender que os mesmos têm direito ao objecto do seu crédito mas não ao modo da respectiva prestação. Contudo, têm os credores a faculdade de, não sendo integralmente pagos os seus créditos, recorrerem, nos termos gerais, aos restantes bens da herança ou demandarem os restantes herdeiros até integral pagamento dos seus créditos, dentro das forças da herança. E não devemos esquecer o direito de preferência dos credores da herança, mesmo depois de efectuada a partilha (art. 2070.º, n.º 3).

¹⁵⁴⁵ A aplicação analógica à partilha dos bens comuns de normas da partilha sucessória é também sugerida por A. Lopes Cardoso, *A Administração dos Bens...*, cit., p. 375, quanto à aplicação dos arts. 2102.º, n.º 2, e 2053.º, n.º 1, relativos à obrigatoriedade de inventário.

O art. 1476.º do Cód. Civil francês manda aplicar à partilha da comunhão (e o mesmo se diga quanto à liquidação do regime de separação de bens – art. 1542.º do Cód. Civil francês) as regras da partilha sucessória. Ou seja, e por aplicação dos arts. 870.º e 873.º do Cód. Civil francês, a solução será semelhante à do nosso direito quanto à responsabilidade por dívidas. Os cônjuges são, assim, responsáveis pelas dívidas da comunhão na parte correspondente à que recebem da mesma, ou seja, respondem por tais dívidas com a parte que recebem na comunhão (bens comuns). Em todo o caso, o direito francês regula expressamente esta matéria, como veremos. De igual modo, o art. 1410.º do Cód. Civil espanhol remete para a aplicação das regras da partilha sucessória. Também a doutrina italiana, apesar de não haver regulamentação expressa, tem entendido dever aplicar-se à partilha da comunhão as regras da partilha sucessória, dado que em ambos os casos se trata da divisão de um património colectivo (v., Schlesinger, *ob. e loc. cit.*, sob a direcção de Carraro/Oppo/Trabucchi, p. 448, F. Mastropaolo/P. Pitter, *ob. e loc. cit.*, p. 370, e M. Paladini, *ob. e loc. cit.*, p. 450). O § 1480.º do BGB prevê que no caso de partilha do património comum antes do pagamento de uma dívida do mesmo pode responder

Primeiro, porque a natureza jurídica da comunhão e da herança é a mesma (património de mão comum). Depois porque dentro do contexto legal o Direito Sucessório aproxima-se mais do Direito da Família que o direito geral. Finalmente, tendo o Direito Sucessório uma solução específica para o problema tudo aconselha que se siga a mesma no caso da partilha da comunhão¹⁵⁴⁶. De chamar a atenção para o facto de, a ser assim, ser aconselhável, nos casos de partilha extrajudicial, a realização de um inventário dos bens para que se apresentem os bens comuns que, entretanto, tendo ingressado no património próprio do cônjuge, respondem pela dívida em causa (à semelhança do art. 2071.º em matéria sucessória)¹⁵⁴⁷, sob pena de essa prova ser mais difícil ao cônjuge quando se lhe exige o pagamento da dívida¹⁵⁴⁸. Mantêm, neste caso, os credores comuns preferência no pagamento face aos credores pessoais de cada cônjuge sobre os bens comuns inventariados que integram a meação de cada cônjuge (art. 2070.º). Em contrapartida, esta solução apenas responsabiliza os cônjuges na proporção em que receberam o património comum, ou seja, não há uma responsabilidade pessoal dos cônjuges, seja solidária ou conjunta. Mesmo quando não consiga provar que os bens comuns que integraram a sua meação se extinguíram, os seus bens continuam a responder em proporção com a parte que cada um recebeu, ou seja, por metade. Portanto, esta solução recorre à analogia com o Direito Sucessório evitando que se aplique as regras específicas da responsabilidade por dívidas do casal reguladoras das relações entre cônjuges e não entre ex-cônjuges. Tem a desvantagem de prever uma responsabilidade não solidária dos cônjuges, limitada à parte que receberam no

pela dívida mesmo o cônjuge que não era responsável pela mesma, desde que os bens comuns que por ela respondiam lhes sejam adjudicados, aplicando-se por analogia as normas dos §§ 1990.º e 1991.º do BGB quanto à responsabilidade do herdeiro.

¹⁵⁴⁶ Além disso, tem mais sentido seguir a solução sucessória quando, dissolvendo-se o casamento por morte, uma dada dívida pode ser dívida da comunhão e simultaneamente dívida da herança, devendo ser objecto de tratamento semelhante. Se o casamento se dissolver por divórcio, a sujeição a um regime como o da partilha sucessória só beneficia os credores, evitando fraudes realizadas pelos cônjuges (que podem convencionar o divórcio para defraudar interesses de terceiros credores).

¹⁵⁴⁷ E o mesmo se diga se a solução passar pela aplicação dos arts. 1689.º e 1695.º.

A aceitação em benefício de inventário do art. 2071.º é diferente do processo de inventário. A aceitação da herança pode ser pura e simples e existir inventário para efeitos de partilha. A inversão do ónus da prova a que o art. 2071.º, n.º 1, se refere liga-se não à existência de inventário, mas à aceitação a benefício de inventário. V., Oliveira Ascensão, *Direito Civil. Sucessões*, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1989, p. 528. No caso de partilha dos bens comuns, não há esta aceitação, mas a existência de inventário permitirá alcançar resultados semelhantes ao nível da prova dos bens comuns.

¹⁵⁴⁸ O que acontece seja no caso de divórcio por mútuo consentimento (onde deve constar a inventariação dos bens, nos termos do art. 1419.º, n.º 1, al. b), do Cód. de Processo Civil), seja na partilha judicial (subsequente ao divórcio por mútuo consentimento ou litigioso) que segue o processo de inventário. Repare-se que não se estabelece qualquer presunção de prova como no art. 2071.º, n.º 1, em matéria sucessória, mas a existência de um inventário determinará sempre os bens existentes no património comum no momento da liquidação e partilha. A solução que propomos no texto é consagrada no art. 1483.º, 2.º, do Cód. Civil francês, e § 1481.º do BGB, como veremos *infra*.

património comum, o que prejudica o credor que, no decurso do casamento, sempre tinha os patrimónios dos cônjuges para responsabilizar (e nos regimes de comunhão, solidariamente). A não aplicar-se a regra do art. 1695.º para permitir a responsabilidade pessoal dos cônjuges, como responsabilizar solidariamente os cônjuges por tais dívidas?

A possibilidade de tal acontecer seria por recurso às regras da liquidação das sociedades civis, ou seja, e de acordo com o disposto no art. 1020.º, uma vez encerrada a liquidação e extinta a sociedade, os antigos sócios continuam responsáveis perante terceiros pelo pagamento dos débitos que não tenham sido saldados, como se não tivesse havido liquidação. Isto significa que os sócios continuam a responder pessoal e solidariamente pelas dívidas sociais (art. 997.º). Assim, responderiam os cônjuges solidariamente pelas dívidas comuns ainda não pagas depois de se efectuar a partilha do património comum.

Podem, com efeito, encontrar-se algumas analogias entre a comunhão e o contrato de sociedade¹⁵⁴⁹: em ambos os casos há entradas de património; há uma participação nos lucros e perdas; há a afectação do património a um fim especial... Porém, por outro lado, e seguindo a argumentação de Pereira Coelho, o regime da comunhão conjugal diverge do das sociedades em numerosos aspectos¹⁵⁵⁰. O regime das sociedades é, em princípio, convencional podendo os sócios modificá-lo. No regime da comunhão há várias normas imperativas e, uma vez estipulado, o regime não pode vir a ser alterado (cfr. o art. 1714.º). Também nenhum dos cônjuges pode pôr termo à comunhão ou dispor da sua posição em face da massa comum, sendo outro o regime das sociedades.

Portanto, o principal obstáculo a esta hipótese reside na natureza jurídica diferente da comunhão conjugal e do património societário. A comunhão conjugal não pode equiparar-se a uma sociedade: não preenche os requisitos previstos no art. 980.º do Cód.

¹⁵⁴⁹ V., Pires de Lima/Braga da Cruz, *ob. cit.*, p. 95.

Alguns autores franceses chegaram a ver a comunhão conjugal como uma sociedade civil dotada de uma personalidade moral atenuada (Carbonnier, *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, Bordeaux, Imprimerie de l'Université Y. Cadoret, 1932, pp. 308 e segs.). Também, Aubry/Rau, *ob. cit.*, p. 240 (que introduziram a teoria da comunhão-indivisão, da comunhão como uma sociedade dotada de uma indivisão sujeita a regras especiais), e G. Cornu, *Les régimes matrimoniaux...*, *cit.*, p. 247. Carbonnier, *Le régime matrimonial...*, *cit.*, pp. 339 e segs., encontra nas compensações devidas pela ou à comunhão um argumento a favor da personalidade moral da comunhão (se a comunhão não fosse dotada de personalidade jurídica tudo se traduziria em relações de créditos e débitos entre os cônjuges, sem intervenção da comunhão) e da sua configuração como uma sociedade. Com efeito, podem equiparar-se às indemnizações que um sócio deve à sociedade sempre que dela retire somas em seu proveito pessoal. Entre nós, a equiparação da comunhão conjugal a uma sociedade foi defendida por Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, *cit.*, vol. VI, p. 334. As semelhanças da comunhão com a sociedade são também referidas por Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida, *et alii*, *Elementos de Derecho Civil. Familia*, *cit.*, pp. 171 e 172.

¹⁵⁵⁰ Pereira Coelho, *Curso...*, *cit.*, 1965, p. 282, nota 2. V. também, A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, p. 195.

Civil¹⁵⁵¹. Desde logo, os cônjuges não estão obrigados a contribuir com bens e serviços, até porque a comunhão existe independentemente de haver algum bem comum. Depois, o escopo da comunhão conjugal não é o exercício de uma actividade económica, nem a obtenção e repartição dos respectivos lucros: visa antes satisfazer a necessidade de dotar a família de uma massa patrimonial que lhe permita assegurar a sua sobrevivência. Mas, como referimos, há alguns pontos semelhantes entre a sociedade civil e a comunhão conjugal que permitiriam o recurso pontual a certas regras para a resolução de problemas. De facto, se a natureza jurídica da comunhão conjugal é diferente da sociedade civil, entrando a comunhão em liquidação, o estado de indivisão não é muito diferente da indivisão societária. Permitir-se-ia, assim, resolver a questão das dívidas comuns não pagas antes de se efectuar a partilha, por forma a responsabilizar solidariamente os cônjuges e não apenas na parte que receberam nos bens comuns como acontecia por recurso à comunhão hereditária (que, contudo, se aproxima mais da comunhão conjugal na sua natureza jurídica de património de mão comum). Evitar-se-ia, por outro lado, a continuação da aplicação das regras da responsabilidade patrimonial do art. 1695.º, uma vez que já não existe comunhão conjugal. Paralelamente, é esta a solução que, ao lado do art. 1695.º, melhor protege os interesses de terceiros credores que continuam a beneficiar de um regime de solidariedade para o pagamento da dívida.

Mas e se o regime for de separação¹⁵⁵² e a dívida for comum? Respondem os cônjuges solidariamente? Não nos parece: de facto, no caso de existir comunhão podemos recorrer às regras da liquidação da sociedade civil, na medida em que existe um património em indivisão. Na separação de bens não se gera qualquer indivisão e a liquidação do regime não visa a partilha dos bens comuns. Por isso, o credor (que também não tinha qualquer património comum para responsabilizar ao longo do regime de bens) verá o seu crédito ser garantido pelo património próprio dos cônjuges de acordo com a regra geral do Direito comum, ou seja, conjuntamente (e já não por força do art. 1695.º, n.º 2).

Contrariamente ao disposto noutros ordenamentos jurídicos, como veremos, a nossa lei não prevê a regulamentação das dívidas dos cônjuges depois de realizada a partilha, ou seja, a situação de a dívida ser contraída no decurso do casamento (art. 1690.º, n.º 2)

¹⁵⁵¹ M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, “Reflexões sobre a posição do cônjuge meeiro...”, *loc. cit.*, pp. 57 e 58.

¹⁵⁵² É evidente que se vigorar entre os cônjuges o regime de separação de bens, não há que proceder à partilha de bens comuns (sem prejuízo da existência de bens em compropriedade), não obstante existir liquidação do regime. Mas, o problema referido no texto pode também colocar-se, ou seja, uma vez dissolvido o casamento e liquidado o regime, como resolver o problema das dívidas contraídas no decurso do casamento e que eram comuns.

e o credor apenas a vir exigir depois da dissolução do mesmo e partilha dos bens (sem que nesta se tenha considerado tal dívida). Parece-nos que se a dívida for própria (com base nos arts. 1691.º e segs.) só responderão os bens próprios do cônjuge devedor (onde se incluirá a sua meação nos bens comuns que, com a partilha, ingressou no seu património próprio). Se a dívida for comum coloca-se o problema apontado.

Analisando as posições apresentadas, esta última permitiria alcançar o mesmo efeito da primeira, mas sem aplicação do art. 1695.º. Contudo, é a equiparação da comunhão à sucessão que mais está conforme com a natureza jurídica desta e corresponde, aliás, com a regulamentação do direito comparado. Peca, porém, pela desprotecção ao credor comum que, no decurso da comunhão tinha não só o património comum para responsabilizar como também o património próprio dos cônjuges solidariamente (nos regimes de comunhão) e agora ficaria limitado à meação nos bens comuns recebida pelos cônjuges, havendo inventário, ou, no limite, cada cônjuge continuaria a responder em proporção com o que recebeu. Como referimos *supra* não pode o credor ficar prejudicado pela partilha dos bens comuns realizada pelos cônjuges. Assim, parece-nos que a melhor solução será a de, ainda que aplicando por analogia as regras da partilha sucessória, considerar existir regra específica para a responsabilidade de cada cônjuge pelas dívidas comuns depois da partilha e que decorre do art. 1695.¹⁵⁵³. Só assim o credor não fica prejudicado com a mesma partilha. Acrescentamos ainda, e como já tivemos oportunidade de defender, que a questão seria simplificada se o credor, em todo o caso, sempre pudesse responsabilizar o seu devedor nos termos gerais do Direito comum, isto é, se o cônjuge ou o ex-cônjuge que contraiu a dívida fosse sempre responsável por ela (e não apenas o património comum ou esse cônjuge a título conjunto)¹⁵⁵⁴. De facto, podemos até ir mais longe. Dado que o património comum deixou de existir, passando a integrar o património próprio de cada um dos cônjuges com a partilha, o credor sempre poderia exigir o pagamento do seu crédito ao cônjuge que contraiu a dívida (além da parte que este recebeu nos bens comuns que faz parte agora do património próprio daquele). Não se aplicando mais as regras do regime da

¹⁵⁵³ Tal como acontece nos direitos francês e espanhol, ou seja, a partilha da comunhão fica sujeita às regras da partilha sucessória, mas em matéria de dívidas há regulamentação específica nos arts. 1482.º e segs. do Cód. Civil francês e no art. 1401.º do Cód. Civil espanhol. Entre nós, e na falta de regulamentação específica, que resolveria a questão, a melhor solução, para protecção dos credores, será a da aplicação do art. 1695.º, n.º 1.

¹⁵⁵⁴ No direito francês, mesmo antes da lei dispor sobre a matéria, era incontestável que o cônjuge que contraiu a dívida respondia por ela depois da dissolução da comunhão. Ninguém punha em causa que esse cônjuge respondia inteiramente pela dívida e não por metade (Cornu, *Les régimes matrimoniaux...*, cit., p. 518).

responsabilidade por dívidas, deixa de ter sentido o afastar das regras gerais do Direito das Obrigações, ou seja, o património do devedor responde inteiramente pelas dívidas que contraiu. Poderia, assim, o credor pelo menos responsabilizar a totalidade do património do seu devedor (incluindo os bens comuns). Não podemos, contudo, esquecer que a dívida foi contraída no decurso do casamento e, muitas vezes, poderá ter sido contraída por um dos cônjuges mas em proveito comum. Restaria ao cônjuge devedor exigir um reembolso ao outro cônjuge com base nas regras do enriquecimento sem causa.

No direito francês as dívidas e o seu pagamento depois da dissolução da comunhão são regulados nos arts. 1482.º e segs. do Cód. Civil francês. Regra geral, no momento da liquidação da comunhão procurar-se-á apurar e pagar o passivo para apenas se partilhar um activo líquido. Porém, nem sempre tal acontecerá e a lei prevê, nos arts. 1482.º e segs. do Cód. Civil francês, a hipótese de o passivo comum não ter sido inteiramente pago na altura da liquidação da comunhão, regulando tal passivo “residual” após a partilha¹⁵⁵⁵. Para fixar o destino das dívidas comuns depois da dissolução deverá distinguir-se a *obligation aux dettes* (ou seja, qual dos cônjuges contraiu a dívida face a terceiros) e a *contribution aux dettes* (distinguindo se a dívida fazia parte do passivo definitivo da comunhão ou apenas do seu passivo provisório – art. 1485.º do Cód. Civil francês).

Quanto à relação dos cônjuges com terceiros (*obligation aux dettes*) toda a dívida da comunhão é também uma dívida do cônjuge que a contrai. O que significa que o credor comum que não viu o seu crédito pago antes da partilha da comunhão pode exigir tal pagamento, na sua totalidade, ao cônjuge que é o seu devedor pessoal (além da parte que a este coube nos bens comuns no momento da partilha)¹⁵⁵⁶. Mas se ambos os cônjuges se obrigaram solidária ou conjuntamente pela dívida pode o credor exigir a totalidade a qualquer um deles, no primeiro caso, ou metade, no segundo caso, pois face ao credor surgem ambos como devedores. Se assim não foi, o cônjuge não devedor que recebeu a sua metade no património comum, deverá responder na mesma medida pela

¹⁵⁵⁵ No mesmo sentido dispõem os arts. 1440.º e 1441.º do Cód. Civil belga.

¹⁵⁵⁶ Os credores comuns que reclamam o seu crédito depois da partilha da comunhão não têm qualquer preferência face aos credores pessoais do cônjuge devedor (que, tal como no decurso do regime, apenas podem ser pagos com os bens próprios do seu devedor, acrescidos depois da partilha da meação deste nos bens comuns). Como refere A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., p. 492, tal é uma consequência da ausência de personalidade moral da comunhão e também do facto de o privilégio da separação de patrimónios previsto na partilha sucessória não se estender à partilha da comunhão.

Esta responsabilidade pessoal pela totalidade da dívida transmite-se aos herdeiros do ex-cônjuge devedor.

referida dívida comum (arts. 1482.º e 1483.º do Cód. Civil francês). Repare-se que o cônjuge do que contraiu a dívida poderá sempre, salvo o caso de *recel*, invocar o benefício de inventário (art. 1484.º do Cód. Civil francês), nos termos do art. 1483.º, 2.º, para efeitos do art. 1486.º, ambos do Cód. Civil francês. Ou seja, não terá de responder pelas referidas dívidas contraídas pelo seu cônjuge além dos bens comuns que recebeu e devidamente inventariados. Mas, há casos em que o cônjuge que não contraiu a dívida pode ter que a pagar integralmente. De facto, nos termos do art. 1489.º do Cód. Civil francês, se o cônjuge que não contrai a dívida recebeu na sua meação o imóvel hipotecado por causa da mesma dívida deve responder integralmente por esta¹⁵⁵⁷.

Relativamente às relações dos cônjuges entre si (*contribution à la dette*) importa determinar se a dívida, existente no momento da dissolução e não paga antes da partilha do regime de bens, integrava o passivo definitivo ou provisório da comunhão. Se integrava o passivo definitivo (os bens comuns respondiam sem qualquer compensação) serão suportadas por cada um dos cônjuges na medida da parte que receberam no activo (art. 1485.º, 1.º, do Cód. Civil francês). Por isso, o cônjuge que contraiu a dívida e que pagou a totalidade da mesma depois da partilha (art. 1482.º do Cód. Civil francês) pode exigir do seu cônjuge o reembolso de metade das quantias pagas (art. 1487.º do Cód. Civil francês)¹⁵⁵⁸. Tratando-se de dívidas que a comunhão apenas respondia mediante compensação (passivo provisório) importa saber se o credor obteve o pagamento do cônjuge devedor e responsável a título definitivo pela dívida ou ao outro cônjuge. Se o credor, depois da partilha, veio exigir o pagamento ao devedor, este suporta a dívida a título definitivo, não tendo qualquer direito de reembolso contra o seu cônjuge. Se, pelo contrário, foi este último que a pagou poderá exigir reembolso ao seu cônjuge.

Os cônjuges podem ainda acordar na derrogação das regras impostas pelos arts. 1482.º e segs. do Cód. Civil francês, desde que salvaguardados direitos de terceiros (art. 1490.º do Cód. Civil francês), ou seja, face a estes as regras não serão afastadas, mantendo-se o direito de execução dos credores como legalmente regulado¹⁵⁵⁹.

¹⁵⁵⁷ Rieg/Lotz, *ob. cit.*, p. 471, consideram também constituir excepção à regra da responsabilidade pela metade do cônjuge que não contraiu a dívida o caso de ter sido estipulada uma cláusula de partilha desigual. Nesse caso, o cônjuge que não contraiu a dívida deverá participar no passivo na mesma proporção em que participa no activo.

¹⁵⁵⁸ Repare-se que não há aqui lugar a qualquer compensação, dado não existir já comunhão, sendo o reembolso tratado como crédito entre cônjuges, sujeito ao Direito comum.

¹⁵⁵⁹ V., quanto a estas regras a observar na partilha, Aubry/Rau, *ob. cit.*, pp. 471-508, G. Marty/P. Raynaud, *ob. cit.*, pp. 299-309, F. Terré/Ph. Simler, *ob. cit.*, pp. 519-528, G. Cornu, *Les régimes matrimoniaux...*, *cit.*, pp. 503 e segs., M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 252 e segs., e A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, p. 496 e pp. 521 e segs.

Os autores italianos entendem que depois da partilha dos bens não é mais possível aplicar-se o regime de algum privilégio dos credores comuns sobre o património comum. Os credores pessoais de cada cônjuge contam sempre com o património do seu devedor como garantia do pagamento das dívidas, acrescido da meação que recebeu nos bens comuns. Os credores “comuns”, que no decurso da comunhão contavam com a garantia e o tratamento preferencial dos arts. 189.º e 190.º do Cód. Civil italiano, beneficiam da mesma garantia que os credores pessoais de cada cônjuge, se a dívida foi contraída por um só dos cônjuges, ou de ambos os cônjuges se a dívida foi contraída pelos dois¹⁵⁶⁰. Não devemos, porém, esquecer que também no direito italiano a dívida da responsabilidade dos bens comuns é sempre uma dívida pessoal do cônjuge que a contraiu.

Como regra no direito espanhol, antes de se efectuar a partilha deve proceder-se ao pagamento das dívidas aos credores. Assim, o art. 1399.º do Cód. Civil espanhol dispõe que deve pagar-se em primeiro lugar as dívidas comuns e, de entre estas, as dívidas de

O direito francês prevê a possibilidade de, em convenção matrimonial, os cônjuges estabelecerem cláusulas relativas à partilha que, alterando a regra da metade, estipulam uma vantagem particular a favor de um deles: cláusula de levantamento (*prélèvement*) mediante compensação (arts. 1511.º e segs. do Cód. Civil francês); cláusula de levantamento prévio a título gratuito (*préciput* – arts. 1515.º e segs. do Cód. Civil francês); cláusula de estipulação de partes desiguais (arts. 1520.º e segs. do Cód. Civil francês). Permite-se, desse modo, fazer justiça a um cônjuge que contribuiu mais do que o outro para o património comum.

Também o direito italiano permite que seja concedido, pelo juiz, a um dos cônjuges o usufruto de bens que cabem na meação do outro, em consideração da necessidade dos filhos (art. 194.º do Cód. Civil italiano). Além disso, e ainda que tradicionalmente, face à regra da metade prevista no art. 194.º do Cód. Civil italiano, se entendesse não ser possível fixar uma partilha desigual entre os cônjuges, tem-se entendido ser possível um acordo para composição desigual das meações que cabem a cada cônjuge, com vista a uma divisão mais justa dos bens comuns (sobretudo para o cônjuge que se dedicou ao lar). V., A. Galasso, *ob. cit.*, pp. 521 e 522.

Entre nós, Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, *cit.*, vol. VI, p. 473, entendia que a regra da metade, então prevista no art. 1123.º do Cód. Civil de 1867, só teria lugar quando a convenção antenupcial ou um acordo posterior à dissolução do casamento não estabelecesse outro modo de partilha. Braga da Cruz chegou mesmo a propor, no seu anteprojecto, um artigo relativo à “participação no património comum em partes desiguais” (“Regimes de bens do casamento. Anteprojecto...”, *loc. cit.*, p. 215). À luz do nosso art. 1730.º actual não poderá admitir-se qualquer acordo no sentido de uma partilha do património comum em partes desiguais. Neste sentido, pronunciando-se sobre a validade do contrato-promessa de partilha dos bens comuns do casal, cujo único limite é traduzido na regra da metade prevista no art. 1730.º, v., Guilherme de Oliveira, “Sobre o contrato-promessa de partilha...”, *loc. cit.*, pp. 274-288. Guilherme de Oliveira nota que a partilha feita por aplicação do art. 1790.º implica uma diminuição do valor que o cônjuge culpado havia de receber a título de meação, no regime de bens que o favorecia, mas, formalmente, as meações acabam por ser iguais, no regime de comunhão de adquiridos que vem a prevalecer.

O direito a metade regulado no art. 1730.º é um direito ao valor de metade e não a metade de cada bem ou de cada dívida concretos (Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 553 e 554).

¹⁵⁶⁰ L. Barbiera, *ob. e loc. cit.*, p. 618. Este autor (p. 617) considera não ser possível aplicar por analogia a regra do art. 2456.º, 2.º, do Cód. Civil italiano, reguladora dos créditos sociais não satisfeitos até à liquidação da sociedade, que permite que os credores sociais possam exigir o pagamento ao sócio por cuja culpa os credores não foram pagos. Considera o autor que esta norma pressupõe o afastamento de um devedor e o seu enriquecimento com danos para os credores. Ora, com a partilha dos bens comuns os credores pessoais e comuns não perdem a sua garantia patrimonial, como decorre do que dissemos no texto. Contra, defendendo a aplicação analógica do art. 2456.º, 2.º, do Cód. Civil italiano, v., Cian/Villani, *loc. cit.*, pp. 385 e 386.

alimentos. Na falta de bens comuns, deve observar-se o disposto nos arts. 1911.º e segs. do Cód. Civil espanhol relativos à graduação dos créditos. Nessa hipótese, respondem os bens próprios do cônjuge devedor ou, se ambos contraíram a dívida, os bens de ambos os cônjuges¹⁵⁶¹.

Mas pode acontecer que depois de feita a partilha ainda existam dívidas comuns por pagar. Neste caso, aplicam-se as regras da partilha sucessória, por remissão do art. 1410.º do Cód. Civil espanhol, salvo a norma específica do art. 1401.º do mesmo código. O art. 1401.º do Cód. Civil espanhol apresenta uma regra idêntica aos arts. 1482.º e segs. do Cód. Civil francês, regulando o pagamento de dívidas da comunhão depois da dissolução. Ou seja, se as dívidas comuns não tiverem sido pagas até à partilha, os credores podem exigir o seu pagamento ao cônjuge que as contraiu (o que corresponde à regra geral do art. 1911.º do Cód. Civil espanhol). Mas, mantendo-se a responsabilidade dos bens comuns, o outro cônjuge responde com os bens comuns que lhe couberam, tendo sido realizado inventário, limitando-se, assim, a sua responsabilidade tal como acontece com a dos herdeiros na partilha sucessória (arts. 1402.º e 1082.º, 1083.º e 1084.º do Cód. Civil espanhol)¹⁵⁶². Na falta de inventário pode

¹⁵⁶¹ Repare-se que, como é óbvio, não há qualquer referência aos credores pessoais de cada cônjuge que apenas podem executar a meação nos bens comuns que caberá ao seu devedor no momento da partilha, não tendo qualquer direito a bens comuns determinados até lá. Em todo o caso, e por aplicação das regras da partilha sucessória (art. 1410.º do Cód. Civil espanhol), podem intervir na liquidação da comunhão para evitar qualquer fraude ou prejuízo dos seus direitos (art. 1083.º do Cód. Civil espanhol). V., Carlos Lasarte, *ob. cit.*, p. 252, Carmen López Beltrán de Heredia, *ob. cit.*, p. 287, e Díez-Picazo/Antonio Gullón, *ob. cit.*, p. 207.

¹⁵⁶² Os credores como tal reconhecidos podem opor-se à partilha dos bens comuns entre os cônjuges até ao pagamento ou garantia dos seus créditos (art. 1082.º do Cód. Civil espanhol), sob pena de a mesma partilha lhes ser oponível, ou seja, apenas poderão exigir do cônjuge não devedor o pagamento mediante os bens comuns que este recebeu, independentemente da realização de inventário (M.ª Pilar Alvarez Olalla, *ob. cit.*, p. 224). Ragel Sánchez, *ob. cit.*, p. 230, considera mesmo que neste caso os credores comuns perdem a sua preferência sobre os credores pessoais uma vez partilhados os bens e entregues aos cônjuges. Além disso, dado que os credores da comunhão são também credores de qualquer um dos cônjuges, estes e os pessoais de cada cônjuge podem intervir na partilha dos bens comuns para evitar que esta se faça em prejuízo ou fraude aos seus direitos (art. 1083.º do Cód. Civil espanhol). Podem também os credores, uma vez realizada a liquidação e partilha, exigir o seu pagamento integralmente a qualquer um dos cônjuges, podendo, contudo, o demandado fazer intervir o outro cônjuge, salvo se a dívida for própria sua (arts. 1084.º e 1401.º do Cód. Civil espanhol). V., M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, p. 1798, e Lledó Yagüe, *et alii*, *ob. cit.*, p. 274.

Não pode também esquecer-se que os credores comuns têm preferência no seu pagamento sobre os bens comuns face aos credores próprios de cada um dos cônjuges (o que já acontece no decurso do regime de comunhão, onde os credores pessoais apenas podem penhorar a meação nos bens comuns (art. 1373.º do Cód. Civil espanhol) e que também se verifica depois da partilha, como decorre dos arts. 1034.º e 1401.º do Cód. Civil espanhol). Aliás, idêntica norma resulta do art. 1699.º do Cód. Civil espanhol, em relação à preferência dos credores sociais sobre os bens da sociedade. Têm também os credores a faculdade geral concedida pelo art. 1111.º do Cód. Civil espanhol de utilizar acções de Direito comum para protecção dos seus direitos, como a acção pauliana (Carmen López Beltrán de Heredia, *ob. cit.*, p. 353).

O nosso Cód. Civil não prevê normas de protecção aos credores nesses casos, ao contrário do que previa o projecto relativamente à separação judicial de bens que fixava, no seu art. 8.º, a participação dos credores pessoais de cada cônjuge na acção de separação, podendo opor-se a qualquer diligência que lhes causasse prejuízo injusto (Manuel Duarte Gomes da Silva/Fernando Pessoa Jorge, “O Direito da Família no futuro Código Civil”, *BMJ*, n.º 126.º, 1963, p. 222).

o cônjuge não devedor responder para além dos bens comuns que recebeu (e, de acordo com a generalidade da doutrina, a sua responsabilidade é solidária e não apenas conjunta, sob pena de se prejudicar as legítimas expectativas dos credores)¹⁵⁶³. No caso de um dos cônjuges ter pago a mais do que lhe competia, terá direito a reembolso face ao outro cônjuge. Portanto, os bens comuns, ainda que já partilhados entre os cônjuges, não deixam de responder pelas dívidas comuns, nestes termos¹⁵⁶⁴. A partilha dos bens comuns não implica alteração das relações obrigacionais com os credores.

Tal como o art. 1401.º do Cód. Civil espanhol, o § 1480.º do BGB prevê que no caso de partilha do património comum antes do pagamento de uma dívida do mesmo pode responder pessoalmente pela dívida, como devedor solidário, mesmo o cônjuge que não era responsável pela dívida no momento da partilha, desde que os bens comuns que por ela respondiam lhes sejam adjudicados, aplicando-se por analogia as normas dos §§ 1990.º e 1991.º do BGB quanto à responsabilidade do herdeiro. De facto, no direito alemão, o § 1480.º do BGB regula a responsabilidade por tais dívidas face a terceiros depois da partilha e o § 1481.º do BGB a responsabilidade interna entre os cônjuges. Assim, depois de o § 1480.º do BGB ter regulado a responsabilidade externa, o § 1481.º do BGB determina que os cônjuges continuam a responder pelas dívidas que eram comuns na mesma proporção em que recebam o activo comum (§ 1476.º, 1.º, do BGB). Importa, porém, fazer uma distinção. No caso de administração singular, o cônjuge não administrador apenas responde por metade da dívida ou no limite do que recebeu do património comum, podendo ser reembolsado pelo outro no que responder a mais (§ 1476.º, 2.º, do BGB). O cônjuge administrador, e não sendo o activo comum suficiente, responde pessoalmente pela dívida. No caso de administração conjunta, a responsabilidade pelas dívidas comuns é conjunta, ou seja, cada cônjuge (com os bens

¹⁵⁶³ Victorio Magariños Blanco, *ob. e loc. cit.*, p. 184 (que considera que a responsabilidade, ainda que conjunta até à partilha, como resulta da regra geral do art. 1138.º do Cód. Civil espanhol (e também do art. 1698.º do Cód. Civil espanhol, em matéria de sociedades), é solidária), M.ª Amalia Blandino Garrido, *ob. cit.*, pp. 157 e 158, e C. Saiz García, *ob. cit.*, p. 97 (por remissão para o art. 1084.º do Cód. Civil espanhol). Em todo o caso, e como nota M.ª Pilar Alvarez Olalla, *ob. cit.*, p. 235, se o cônjuge devedor obteve bens comuns suficientes para pagamento ao credor, não deve admitir-se a possibilidade, muitas vezes por mero capricho do credor, de afectar a liquidação e partilha realizada por forma a executar a parte que coube ao não devedor nos bens comuns.

Repare-se que diferente solução decorre do art. 1483.º, 1.º, do Cód. Civil francês, que, como vimos, determina apenas a responsabilidade por metade do cônjuge que não contraiu a dívida (ou até ao que constar do inventário realizado).

¹⁵⁶⁴ M.ª Amalia Blandino Garrido, *ob. cit.*, p. 100. Protegem-se, assim, os direitos de terceiros credores como resulta também do art. 1317.º do Cód. Civil espanhol (Carmen López Beltrán de Heredia, *ob. cit.*, pp. 341-352). Tais direitos não são afectados mesmo que se dê a atribuição preferencial de certos bens comuns antes do pagamento das dívidas, dado que tais bens, como comuns, respondem nos termos analisados no texto. E se os bens adjudicados forem, entretanto, substituídos por outros devem funcionar as regras da sub-rogação real como forma de evitar o enriquecimento injusto do cônjuge que recebeu os bens e de proteger os credores (Carmen López Beltrán de Heredia, *ob. cit.*, pp. 358 e 360).

comuns que lhe foram adjudicados e com os seus bens próprios) apenas responde por metade da dívida (§ 1481.º, 2.º, do BGB)¹⁵⁶⁵.

Portanto, tal como nos outros ordenamentos jurídicos, também no direito alemão a responsabilidade do património comum mantém-se para o pagamento de dívidas consideradas comuns mesmo depois de efectuada a partilha e independentemente da adjudicação dos bens comuns aos cônjuges. Por outro lado, e para protecção dos credores, o cônjuge que contraiu a dívida e responsável por ela (ou ambos os cônjuges no caso de administração conjunta) responde também com os seus bens próprios. O outro cônjuge responde apenas no limite dos bens comuns que lhe foram adjudicados (§§ 1990.º e 1991.º do BGB, relativos à responsabilidade do herdeiro no caso de insuficiência dos bens da herança)¹⁵⁶⁶, sem prejuízo, no caso de responder a mais, de reembolso por parte do outro cônjuge (§ 1481.º do BGB).

¹⁵⁶⁵ Tratando-se de dívida própria, apenas o cônjuge devedor é responsável face aos credores. Por isso, o não devedor pode opor-se ao pagamento se o credor lho exigir e o cônjuge devedor responde perante o outro cônjuge pelo que os credores lhe exigiram (§ 1481.º, 3.º, do BGB). V., Staudinger, *ob. cit.*, §§ 1363.º-1563.º, § 1481 Rdn. 12 e 13, p. 736, e Gernhuber/Coester-Waltjen, *ob. cit.*, § 38, X, 11, pp. 464 e 465. O que pode acontecer é ambos os cônjuges assumirem a dívida, no decurso da liquidação do património comum, como devedores solidários. Neste caso será de aplicar a regra geral dos §§ 427.º ou 431.º do BGB, não sendo o património comum responsável pela dívida. Em todo o caso, e ainda que o credor não possa exigir o pagamento directamente aos bens comuns, os cônjuges devedores respondem não só com os seus bens próprios e reservados mas também com a sua meação nos bens comuns (art. 860.º, 2.º, ZPO). V., Staudinger, *ob. cit.*, §§ 1363.º-1563.º, § 1475 Rdn. 3, p. 707.

¹⁵⁶⁶ É ainda de referir que o direito alemão prevê a comunhão continuada (*fortgesetzte Gütergemeinschaft*) nos §§ 1483.º a 1518.º do BGB. A comunhão continuada, prevista em convenção matrimonial pelos cônjuges, adia a liquidação da comunhão quando há filhos do casamento, ou seja, quando, por morte de um dos cônjuges, existem descendentes comuns, maiores ou menores, que sejam chamados à herança. Pode, porém, não vigorar se o cônjuge pré-falecido a excluir por testamento (§§ 2335.º e 1509.º do BGB) ou se o cônjuge supérstite afastar a prorrogação após a morte do outro (§ 1484.º do BGB). As dívidas da comunhão continuada são as dívidas do *de cuius* pendentes que eram dívidas do património comum bem como todas as dívidas do cônjuge supérstite (§ 1488.º do BGB). Além de por elas responder o património comum que integra agora a comunhão continuada, o cônjuge sobrevivente responde pessoalmente por tais dívidas. Podendo ficar prejudicado pela anterior administração do *de cuius*, o § 1488.º, 2.º, do BGB, permite ao cônjuge sobrevivente e agora administrador restringir a sua responsabilidade por aplicação das regras da responsabilidade do herdeiro pelas dívidas da herança. De referir ainda que, e não obstante as mesmas serem por regra da responsabilidade da comunhão continuada, o § 1499.º do BGB determina as dívidas que nas relações internas são da responsabilidade do cônjuge sobrevivente (e o § 1500.º do BGB as do *de cuius* e assumidas pelos descendentes) pelas quais não responde a título definitivo o património comum da comunhão continuada. Por outro lado, e no momento da divisão da comunhão continuada, devem seguir-se as disposições previstas para a liquidação e partilha do regime de comunhão, assumindo-se o cônjuge sobrevivente como o único administrador do património comum (sendo, assim, de aplicar os §§ 1480.º e 1481.º do BGB, quanto ao pagamento das dívidas depois da partilha - § 1498.º do BGB). A comunhão continuada cessa por matrimónio ulterior do cônjuge sobrevivente, por morte deste último e pelo desaparecimento de todos os descendentes que participam na comunhão (§§ 1490.º, 1493.º e 1494.º do BGB).

O intuito do instituto da comunhão prorrogada filia-se no facto de se entender que o património comum é um património de afectação especial à satisfação das necessidades da família, que se presume manterem-se para além da morte de um dos cônjuges e enquanto o outro sobrevive, sem contrair novo matrimónio (Beitzke/Lüderitz, *ob. cit.*, p. 163, e Lüderitz/Dethloff, *ob. cit.*, p. 136, MünchKomm - *Kanzleiter*, Vor § 1483 Rdn. 3, p. 722, Gernhuber/Coester-Waltjen, *ob. cit.*, § 39, I, 2, p. 465, e Palandt/Brudermüller, *ob. cit.*, Vorb zu § 1483.º, p. 1703).

Pela análise do direito comparado, podemos constatar que as soluções legais apontam para uma manutenção da responsabilidade dos bens comuns, recebidos pelos cônjuges nas suas meações, e a responsabilidade pessoal acrescida do cônjuge que contraiu a dívida. Por isso, a solução adiantada por nós para esta questão à luz do nosso ordenamento jurídico, sendo o critério decisivo o momento da contracção da dívida, parece ser a que mais se aproxima destas (sendo certo que entre nós as dívidas comuns não são dívidas pessoais do cônjuge que as contraiu) e a que melhor protege os credores, assegurando a manutenção da responsabilidade do património ou dos patrimónios que eram responsáveis pela dívida no decurso do regime de bens.

5. Regulamentação do passivo existente no momento da liquidação e contraído após a dissolução do casamento

Outro problema que aqui pretendemos analisar é o de saber como regular as dívidas contraídas entre o momento da dissolução do regime de bens e a efectiva partilha do mesmo, ou seja, continuarão a aplicar-se as regras do regime de bens (muito embora o casamento tenha já sido dissolvido) ou aplicar-se-ão as regras gerais de qualquer indivisão como se não tivesse existido qualquer regime de bens entre os cônjuges.

O regime de bens termina com a dissolução mas mantém-se a comunhão, pelo que só com a partilha se sabe o que é próprio de um e outro cônjuge e o que é comum, e só nessa altura se apuram e pagam as dívidas. Contudo, terminando as relações pessoais e patrimoniais entre os cônjuges, não tem sentido que se mantenham unidos pelo regime da responsabilidade por dívidas, podendo um cônjuge ser solidariamente responsável por uma dívida que o outro contraiu, só por ainda não se ter procedido à partilha dos bens (tanto mais que, entre os cônjuges, e para assegurar os seus patrimónios próprios, as relações patrimoniais cessam, por regra, na data da propositura da acção de divórcio – art. 1789.º). O grande problema é a existência de um património comum que

A comunhão continuada (“*communauté continuée*”) existiu também no direito francês até ao Cód. Civil de 1804, permitindo o prolongamento da comunhão entre os descendentes comuns e o cônjuge sobrevivente. Desde então qualquer acordo de manutenção da comunhão é nulo (art. 1442.º, 1.º, do Cód. Civil francês), o que não impede que, em caso de morte de um dos cônjuges, não se efectue de imediato a liquidação e partilha da comunhão. Todavia, o que se mantém não é a comunhão (com as regras vigentes no decurso da vida em comum dos cônjuges), mas um estado de indivisão (que para os autores franceses se equipara à compropriedade – *indivision ordinaire*) que surge no momento da morte e que automaticamente substitui a comunhão (A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., pp. 421 e 422). Limitámo-nos a estas referências à comunhão continuada dado que ela não tem equivalente no nosso direito.

permanece até ao momento da partilha¹⁵⁶⁷. Pelas dívidas já contraídas (art. 1690.º, n.º 2) será de aplicar o regime da responsabilidade por dívidas do casal já analisado. As dívidas a contrair depois da dissolução não deverão sujeitar-se a tal regime que apenas regula as relações patrimoniais entre cônjuges e não entre ex-cônjuges. Então como regulá-las?

Uma possibilidade será a de aplicar as regras da partilha sucessória dado tratar-se de um património de mão comum semelhante. Assim, continua a responder a comunhão pelas dívidas comuns tal como a herança responde colectivamente enquanto em estado de indivisão (art. 2097.º)¹⁵⁶⁸. Repare-se que uma vez cessadas as relações patrimoniais entre os cônjuges pode proceder-se à partilha do casal (art. 1688.º) que pode fazer-se extrajudicialmente ou judicialmente (por inventário), nos termos gerais¹⁵⁶⁹. Ora, o inventário para partilha dos bens em consequência do divórcio corre por apenso a este processo e segue também as disposições relativas ao inventário destinado a pôr termo à comunhão hereditária (art. 1404.º do Cód. de Processo Civil)¹⁵⁷⁰.

¹⁵⁶⁷ V., Cristina M. Araújo Dias, “Processo de inventário, administração e disposição de bens...”, *loc. cit.*, p. 117, onde se refere que a natureza do património comum só termina com a respectiva partilha dos bens comuns. V., neste sentido, os ac. do STJ, de 15.12.1998 (<http://www.dgsi.pt>); e da RL, de 12.07.2001 (<http://www.dgsi.pt>), onde se afirma que, após a dissolução do casamento, os bens comuns mantêm-se nessa qualidade até ocorrer a sua divisão e partilha. Até lá aplicam-se-lhes todas as regras legais que os pressupõem. Mas há também jurisprudência em sentido contrário, defendendo a transformação da comunhão em compropriedade e, em consequência, a aplicação das normas da compropriedade – p. ex., os ac. do STJ, de 16.07.1971 (*RLJ*, ano 105.º, 1972/73, p. 159, comentado por Vaz Serra, na mesma revista e ano, pp. 159 e 160, que apoia a posição do acórdão); e de 19.01.1995 (<http://www.dgsi.pt>); da RL, de 30.11.1990 (<http://www.dgsi.pt>); e da RE, de 02.02.1984 (*Col. Jurisp.*, tomo I, 1984, p. 288). Posição dúbia é assumida pelo ac. da RC, de 15.11.2005 (<http://www.dgsi.pt>), o qual, ainda que defenda que a dissolução da comunhão por divórcio determina uma situação de compropriedade, considera que a dissolução do casamento “não faz operar, automaticamente, a alteração do regime matrimonial de bens, pelo que, sendo a obrigação exequenda anterior à dissolução da sociedade conjugal, os bens comuns do casal mantêm essa qualidade, até à sua divisão e partilha”.

¹⁵⁶⁸ Antes da regulamentação legal da matéria em análise, a jurisprudência francesa entendia que o credor não poderia ser afectado com o fim do regime de bens, podendo continuar a exigir o seu pagamento pelos bens comuns antes de se efectuar a sua partilha (Planiol/Ripert, *Traité pratique de Droit Civil français...*, *cit.*, vol. IX, parte II, p. 157). Apontava, por isso, para a solução que propomos no texto para o nosso ordenamento jurídico, que também não regula a matéria, e que foi depois consagrada na legislação francesa. Também a nossa jurisprudência considera que, para protecção do credor, os bens comuns continuam a responder pelas dívidas já contraídas (ac. da RC, de 15.11.2005 (*loc. cit.*)), bem como, e apesar de próprias, pelas contraídas depois da dissolução do casamento, ainda que limitados à meação do ex-cônjuge devedor (ac. da RL, de 12.07.2001 (*loc. cit.*)).

¹⁵⁶⁹ É importante voltar a referir que nos reportamos aos regime de comunhão. De facto, e ainda que a liquidação deva realizar-se, como já referimos, também no regime de separação, neste regime não há bens comuns a partilhar, pelo que cada cônjuge recebe apenas os seus bens próprios. Em relação aos bens em compropriedade que possam existir, pode pôr-se termo a essa indivisão mediante acção de divisão de coisa comum (e não processo de inventário). V., A. Lopes Cardoso, *A Administração dos Bens...*, *cit.*, p. 374, e Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 595.

¹⁵⁷⁰ O meio competente para se proceder à partilha é o processo de inventário. “(...) [S]ó através do processo de inventário os exequentes e os demais credores têm possibilidade de nele intervirem, salvaguardando a sua posição (...), evitando-se, dessa forma, que a partilha seja um meio de defraudar os seus legítimos direitos e interesses; é que, no processo de inventário, quer o exequente, quer os respectivos credores, além do mais, têm o direito de promoverem o seu andamento e requererem a avaliação dos respectivos

A indivisão que permanece entre a dissolução do regime de bens e a partilha dos bens comuns tem uma natureza e regime distintos da comunhão conjugal¹⁵⁷¹. Para alguns autores passar-se-á de uma comunhão “colectivística” para uma comunhão “individualística”, onde cada um dos cônjuges detém uma quota abstracta de 50% sobre o total do património comum, ainda que não concreta sobre os bens que o integram¹⁵⁷². Para Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, por seu lado, a situação passa a ser idêntica à da herança indivisa¹⁵⁷³. Cada ex-cônjuge pode dispor da sua meação, como pode pedir a separação das meações (o que não podia fazer antes do divórcio). Mas não quer dizer que os bens comuns deixem de ser um património comum e passem a pertencer aos cônjuges em compropriedade¹⁵⁷⁴. Não podem, de facto, os cônjuges dispor

bens, proporcionando-se que esta seja real e não, eventualmente (...), fictícia” –ac. da RL, de 06.02.2001 (*Col. Jurisp.*, tomo I, 2001, p. 108), reportando-se à efectivação da separação judicial de bens.

¹⁵⁷¹ O direito francês fala a este propósito de *indivision post-communautaire* e o direito espanhol de *comunidad postganancial* ou *postmatrimonial*.

Esperança Pereira Mealha, *ob. cit.*, pp. 74 e 75, aponta as principais características desta indivisão pós-comunhão: os seus titulares podem ser os cônjuges (ou ex-cônjuges) como o cônjuge sobrevivente e os herdeiros do *de cujus*; os titulares podem dispor da sua meação, nomeadamente, alienando-a, assim como pode ser objecto de penhora para pagamento de dívidas da responsabilidade exclusiva de um deles; os seus titulares têm um direito irrenunciável à partilha; a administração dos bens deixa de reger-se pelas regras que vigoravam durante o casamento, mas a lei não determina as novas regras de administração; o activo e o passivo perdem a mutabilidade que tinham; o activo continua especialmente afecto ao passivo comum.

¹⁵⁷² Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, *cit.*, vol. I, pp. 225 e 226, entende que, após a extinção do vínculo que lhe subjaz, a propriedade colectiva (de que a comunhão conjugal é exemplo) degenera em comunhão ou compropriedade do tipo romano, podendo qualquer dos interessados dispor da sua parte ideal e pedir a divisão da massa patrimonial comum. Neste sentido pronunciaram-se os ac. da RC, de 27.09.1994 (*Col. Jurisp.*, tomo V, 1994, p. 31, que aplica as regras da compropriedade, uma vez dissolvido o casamento por divórcio e antes de efectuada a partilha), e de 12.11.2002 (<http://www.trc.pt>, onde se afirma que se transita “de uma situação de comunhão de mão comum ou de património colectivo para uma situação de compropriedade, em que os actos de disposição de toda a coisa ou de parte especificada de coisa comum exigem o consentimento de ambos os consortes ou comproprietários”).

¹⁵⁷³ Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 734. Aliás, os arts. 1689.º e 1697.º, que referem o momento da liquidação e partilha do regime de bens, reportam-se ao “património comum” e não a uma compropriedade. Defendendo a mesma posição de aproximação à comunhão hereditária, v., Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida, *et alii*, *Elementos de Derecho Civil. Familia*, *cit.*, p. 247. Também a jurisprudência, nos ac. do STJ, de 25.11.1998 (*BMJ*, n.º 481.º, 1998, p. 492); da RL, de 08.07.1999 (*Col. Jurisp.*, tomo IV, 1999, p. 94); e da RE, de 07.07.1992 (*Col. Jurisp.*, tomo IV, 1992, p. 295, ainda que refira a aplicação das regras da compropriedade por força do art. 1404.º), afastam a indivisão pós-comunhão da compropriedade e aplicam à comunhão, por analogia, as regras da herança jacente. Contra, v., os acórdãos citados na nota anterior.

Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, *cit.*, vol. VI, pp. 457 e 459, considerava que com a dissolução do casamento cessava o regime de comunhão, sendo esta substituída por um estado de indivisão, ou seja, uma “*comunhão em liquidação*”, semelhante à das sociedades dissolvidas. Os bens adquiridos a partir desse momento não ingressavam no património comum, sendo próprios do cônjuge em causa. Paralelamente, considerava que também o passivo comum ficava nesse momento fixado. A partir daí não eram mais possíveis dívidas comuns, sendo as dívidas contraídas pelos ex-cônjuges, mesmo antes da partilha, dívidas pessoais não sendo de lhes aplicar as normas relativas à comunicabilidade da dívida no decurso do casamento. Considerava, porém, que certas dívidas podiam acrescer ao passivo comum, nomeadamente, as relativas ao sustento da família.

¹⁵⁷⁴ No mesmo sentido, De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia...*, *cit.*, p. 698. É efectivamente por a comunhão se manter enquanto património autónomo depois da dissolução e até à partilha que leva M. Paladini, *ob. e loc. cit.*, p. 384, a considerar que se deve continuar a aplicar as normas dos arts. 186.º a 190.º do Cód. Civil italiano. Apenas exclui a aplicação do art. 190.º do

de metade de cada um dos bens em concreto, pois antes da partilha não se sabe com que bens será preenchida a meação de cada um dos cônjuges. De facto, o regime mais próximo é o da comunhão hereditária¹⁵⁷⁵. Por isso, tal como em matéria de administração não se continua a aplicar as regras de administração dos bens do casal (arts. 1678.º e segs.), mas a administração da indivisão pós-comunhão incumbe ao cônjuge mais velho, por aplicação da regra prevista para o processo de inventário (art. 1404.º, n.º 2, do Cód. de Processo Civil)¹⁵⁷⁶, também a matéria das dívidas que surgem entre a dissolução do regime de bens e a sua efectiva partilha deverá regular-se por recurso às regras do Direito Sucessório.

É evidente que no caso da comunhão hereditária não surgem novas dívidas do *de cuius*, só existem as que ele já havia contraído. Não seria então de admitir um prolongamento das regras do regime de comunhão e da responsabilidade por dívidas em vez da aplicação do art. 2097.º, ou seja, a responsabilidade “comum” por tais dívidas?

Entendemos que não. Como referimos, as regras da responsabilidade por dívidas regem as relações entre cônjuges e não entre ex-cônjuges¹⁵⁷⁷. Além disso, o art. 2097.º é uma norma de liquidação da herança. Ora, existindo tal regra reguladora da liquidação de um estado de indivisão, parece ser defensável a sua aplicação à comunhão em liquidação e ainda não partilhada. Repare-se que, em todo o caso, sempre serão menos as dívidas consideradas comuns. E, portanto, as dívidas serão normalmente próprias de quem as contrai, aplicando-se o regime geral do Direito comum. Mas, a existir uma

Cód. Civil italiano em relação aos credores que contraíram dívidas depois da dissolução e que responsabilizam os bens comuns ainda que não possam com rigor considerar-se credores da comunhão (dado esta estar dissolvida).

¹⁵⁷⁵ Esperança Pereira Mealha, *ob. cit.*, pp. 77 e 78, apresenta razões para tal equiparação: tal como a herança, compõe-se a indivisão pós-comunhão de situações jurídicas activas e passivas, tendo um certo grau de autonomia patrimonial, na medida em que responde prioritariamente por certo tipo de dívidas; o direito dos ex-cônjuges altera-se – passa a estar individualizado e quantificado, cada qual dispõe da sua meação, mas continua a incidir sobre um todo (com activo e passivo) e não sobre bens concretos (diferenciando-se da compropriedade); a sua administração incumbe ao cônjuge mais velho, por aplicação da regra prevista para o processo de inventário (art. 1404.º, n.º 2, do Cód. de Processo Civil). Contra este último entendimento, v., no direito espanhol, p. ex., Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida, *et alii*, *Elementos de Derecho Civil. Familia*, *cit.*, p. 248, que considera que a administração da indivisão pós-comunhão é feita em conjunto, por aplicação das regras da compropriedade. E o mesmo decorre do direito francês ao defender a aplicação das regras da compropriedade (A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, p. 438).

¹⁵⁷⁶ Repare-se que se o casamento se dissolve por morte, as regras de administração da herança podem abranger a administração dos bens comuns quando o cônjuge sobrevivente surge, como normalmente acontece, como cabeça-de-casal. De facto, tal cônjuge administra como cabeça-de-casal os bens comuns na totalidade e não só a meação abstracta do *de cuius* e os seus bens. O art. 1122.º do Cód. de Seabra estabelecia também que no caso de morte de um dos cônjuges cabia ao sobrevivente a posse e administração dos bens enquanto não se efectuasse a partilha, coincidindo com a solução sucessória actual.

¹⁵⁷⁷ Afastando também a regulamentação legal das dívidas dos cônjuges, v., o ac. da RE, de 02.02.1984 (*loc. cit.*), que considerou, pelo contrário, que, tendo a dívida exequenda sido contraída depois da dissolução do casamento, ser-lhe-á aplicável o regime da compropriedade.

dívida comum (p. ex., pode configurar-se uma dívida comum se um ex-cônjuge contrai uma dívida para realizar certas obras num prédio seu mas onde o seu ex-cônjuge se encontra por acordo entre os mesmos – a dívida podia ingressar no art. 1691.º, n.º 1, al. c)), como respondem os cônjuges? Conjuntamente (art. 2097.º)? Cada um pela sua parte¹⁵⁷⁸?

A continuação da aplicação das regras dos arts. 1690.º e segs. implicaria que, verificando-se uma das situações de responsabilidade comum pela dívida, continuaria a responder o património comum e o próprio de cada um dos cônjuges solidária ou conjuntamente consoante o regime de bens. Se a solução não choca no caso de dívidas que possam beneficiar ambos (como as que possam ainda ser contraídas em proveito comum ou para um dado encargo comum, como o pagamento de uma renda ou empréstimo) já pode chocar no caso de dívidas contraídas pelo ex-cônjuge comerciante no exercício do seu comércio que pode até ser contra a vontade do seu ex-cônjuge. Se a comunicabilidade da dívida comercial já choca no decurso do casamento, mais ainda quando este não existe. Contudo, tudo estará em saber se os frutos e proventos do referido exercício do comércio passam a ser próprios do ex-cônjuge comerciante ou se ainda caem no património comum ainda subsistente até à partilha. Ora, cessando as relações patrimoniais entre os cônjuges no momento da dissolução do casamento (art. 1688.º), é nesse momento que deve deixar de aplicar-se as regras reguladoras do regime de bens. Significa isso, portanto, que os bens que os ex-cônjuges venham a adquirir após esse momento não integram o património comum que é, por isso também, definido no momento da cessação das relações patrimoniais entre os cônjuges, tal como acontece com o património que constitui a herança indivisa.

Entendemos, por isso, e em primeiro lugar, que a comunhão indivisa deve estar sujeita às regras da partilha sucessória por ser o instituto jurídico que mais se aproxima. Sendo assim, a comunhão indivisa apenas será responsável pelas dívidas contraídas e que a responsabilizam no seu decurso (é evidente que em relação às dívidas consideradas comuns no decurso da comunhão, manter-se-á a responsabilidade dos bens comuns agora indivisos) e ainda as contraídas depois da sua dissolução mas que a ela beneficia ou se relacionam. Todas as outras, e porque também novos bens não engrossam o património comum, devem considerar-se da responsabilidade de cada um dos ex-cônjuges nos termos gerais. Repare-se que idêntica solução decorre das regras da

¹⁵⁷⁸ Neste caso, o recurso às regras das sociedades já não nos parece ser possível dado não existir qualquer partilha, pelo que temos um património de mão comum diferente da sociedade em liquidação onde cada sócio tem a sua participação.

administração e disposição dos bens do casal. De facto, ainda que os ex-cônjuges não possam dispor livremente dos bens comuns depois da dissolução do casamento mas antes da partilha da comunhão, pode qualquer um deles dispor dos seus bens próprios desde a propositura da acção (altura em que os efeitos se produzem entre os cônjuges – art. 1689.º). O que significa que deixa de aplicar-se as regras da administração e disposição dos bens do casal, mantendo-se apenas em relação aos bens comuns pela ainda existência de um património comum.

De notar que, atendendo à produção dos efeitos do divórcio entre os cônjuges (por regra, na propositura da acção, nos termos do art. 1789.º, n.º 1, 2.ª parte) em momento diferente dos terceiros (registo da sentença de divórcio – art. 1789.º, n.º 3), uma determinada dívida pode ser considerada como própria nas relações entre os cônjuges e ser havida como comum face a terceiros credores. De facto, e considerando-se aplicar as regras da partilha sucessória, os bens comuns só respondem pelas dívidas da comunhão. Só que certas dívidas podem ser consideradas como comuns face aos credores se forem contraídas antes do registo da sentença (e, por isso, em relação a eles mantêm-se as regras da responsabilidade por dívidas dos cônjuges dos arts. 1690.º e segs.) mas já devem considerar-se como próprias face aos cônjuges porque contraídas depois da propositura da acção de divórcio. Ora, e não estando em causa o pagamento da dívida ao terceiro credor, que sempre poderá exigir o seu pagamento pelos bens comuns indivisos e solidariamente a qualquer um dos cônjuges (pois continua a aplicar-se em relação a ele as regras da responsabilidade por dívidas), nas relações entre os cônjuges e o património comum pode haver lugar a reembolsos. Ou seja, e porque continua a existir um património comum que só termina no momento da sua partilha, pode gerar-se uma compensação do património próprio do cônjuge que contraiu a dívida depois da propositura da acção e antes do registo da sentença ao património comum no momento da liquidação e partilha (ao contrário do que é defendido no ordenamento jurídico francês que considera não integrar tal valor a conta das compensações, podendo ser imediatamente exigido, resultante da consideração da indivisão pós-comunhão como uma compropriedade)¹⁵⁷⁹. Chamamos a atenção para o facto de a solução que propomos não poder defender-se se a dívida, comum face aos credores mas própria entre os cônjuges porque contraída no momento de indivisão, tiver sido contraída não no interesse do ex-cônjuge devedor mas no interesse da comunhão em estado de indivisão.

¹⁵⁷⁹ Mais uma vez, reafirmamos que defendemos a existência de um princípio geral de compensações sempre que um património tenha enriquecido à custa de um outro.

O problema da natureza jurídica da comunhão em estado de indivisão e a falta de regulamentação especial da matéria pode conduzir a soluções menos justas na prática. Parece-nos, a este propósito, interessante referir o ac. da RL, de 21.02.2002 (*Col. Jurisp.*, tomo I, 2002, p. 109), que considerou que na relação de bens, no âmbito do processo de inventário para partilha dos bens do casal, não deve incluir-se o crédito de um dos cônjuges em relação ao outro surgido depois da propositura da acção de divórcio. A situação fáctica resume-se ao seguinte: o requerente pretendia que se inserisse na relação de bens do processo de inventário as quantias pagas por ele, em nome da requerida, relativas às prestações de um empréstimo hipotecário. Foi proferido despacho judicial no sentido da sua eliminação da referida relação de bens, dado que no inventário apenas se averiguariam os créditos dos cônjuges a terceiros e não de um dos cônjuges sobre o outro, questão a ser apreciada em acção de prestação de contas. O requerido interpôs recurso de agravo.

Coloca esta decisão duas questões a resolver: o problema das dívidas depois da propositura da acção de divórcio (se integram ou não o inventário para partilha) e o problema da determinação da existência de uma compensação.

Uma vez dissolvido o casamento, cessam as relações patrimoniais entre os cônjuges, retroagindo a produção dos seus efeitos, entre eles, à data da propositura da acção (arts. 1688.º e 1789.º, n.º 1). A Relação de Lisboa não tem dúvidas ao afirmar que é nesse momento que se estabiliza o conteúdo do património conjugal comum, permanecendo até à partilha a natureza jurídica da comunhão como património de mão comum. Ou seja, assume a posição a que já fizemos referência *supra*, afastando a constituição de uma compropriedade. Ora, decretado o divórcio, qualquer um dos cônjuges pode requerer a instauração de inventário para partilha dos bens, o qual corre por apenso ao processo de divórcio e segue os termos do processo de inventário para partilha do património hereditário (art. 1404.º, n.ºs 1 e 3, do Cód. de Processo Civil). Deve constar da relação de bens neste processo os bens e as dívidas que integravam o património comum e serve de base à sua liquidação (arts. 1326.º, n.º 1, e 1345.º, n.ºs 1 e 2, do Cód. de Processo Civil). Assim, as compensações a que o art. 1697.º se refere devem ser relacionadas desde que surgidas antes da cessação das relações patrimoniais entre os cônjuges, ou seja, antes da propositura da acção de divórcio. Ora, tal como apenas são comuns os bens até essa altura adquiridos também só são comuns as dívidas até esse

momento¹⁵⁸⁰. Por isso, tal como só consta do activo da relação de bens os adquiridos até esse momento¹⁵⁸¹, também só integra o passivo contraído até à cessação das relações patrimoniais. Como a dívida do pagamento do empréstimo apenas se referia ao montante pago depois da cessação das relações patrimoniais entre os cônjuges, considerou a Relação de Lisboa não ser de a incluir na relação de bens no âmbito do processo de inventário.

Sendo de aplicar as regras da partilha sucessória, a solução da Relação de Lisboa parece correcta neste ponto. Na verdade, tal como no inventário para efeitos sucessórios deve atender-se aos bens e dívidas existentes no momento da abertura da sucessão, também no inventário para partilha dos bens do casal deve constar o activo e o passivo até à data da propositura da acção de divórcio, estejam as dívidas pagas ou não, ou seja, desde que se tenham constituído até essa altura. De facto, pode existir uma dívida ainda não paga no momento da liquidação (e essa integra, obviamente, o passivo). Não é esse o nosso problema: aqui a questão é a das dívidas contraídas depois da dissolução e antes da liquidação e partilha da comunhão.

Aquilo com que não concordamos com a Relação de Lisboa é na confusão que faz quanto às compensações entre os diferentes patrimónios, confundindo-as com os créditos entre cônjuges¹⁵⁸². Ora, se se trata de uma compensação entre o património próprio do requerente e o património comum (se aquele pagou dívidas que incumbiam a este) ela surge em momento ulterior à cessação das relações patrimoniais mas terá de ser sempre por dívida anterior que se considerava comum no decurso do regime de bens. E, nesse caso, terá de integrar o passivo comum, como dívida da comunhão a um dos cônjuges. Caso contrário, se a dívida apenas surgiu depois da propositura da acção, a dívida será própria do cônjuge que a contraiu, não se tratando já de uma compensação

¹⁵⁸⁰ De facto, a consideração dos bens que integram o activo até à data da propositura da acção (ou do fim da coabitação, nos termos do art. 1789.º, n.º 2), visa evitar, p. ex., que um cônjuge, com o seu trabalho, tenha engrossado o património comum e o outro, passado um período de tempo mais ou menos curto, viria exigir parte nesse património no momento da partilha.

Repare-se que estão em causa as relações internas entre os patrimónios e não em relação a terceiros que já referimos *supra*. Ou seja, para terceiros o bem ou a dívida será comum e, por isso, podem penhorá-lo ou exigir o seu pagamento pelo património comum, se for o caso.

¹⁵⁸¹ V., ac. da RC, de 17.04.1990 (*Col. Jurisp.*, tomo II, 1990, p. 63), que fixou como bens do casal para partilha os que existiam na data da propositura da acção de divórcio não integrando, por isso, os bens recebidos a título sucessório por um dos cônjuges depois dessa data (tendo sido o casamento celebrado em regime de comunhão geral).

¹⁵⁸² Chega mesmo a referir que “[Os] créditos de cada um dos cônjuges sobre o outro (...) resultam, em regra, de terem sido pagas com bens próprios de um dos cônjuges dívidas da responsabilidade de ambos (...)”. Ora, atendendo ao já exposto e à nossa definição de compensação e de créditos entre cônjuges não podemos concordar com a referida afirmação que confunde os dois conceitos.

mas de créditos entre cônjuges. De facto, se a dívida foi contraída pela requerida depois da cessação das relações patrimoniais entre os cônjuges, aquela será própria desta. Se o requerente a pagou surge um crédito entre os cônjuges que, nada tendo que ver com o património comum, não integra obviamente o passivo da relação de bens. Portanto, a confusão da Relação de Lisboa pode levar a resultados injustos pela confusão entre compensações e créditos. Com efeito, se se trata efectivamente de uma compensação, o pagamento efectuado pelo requerido depois da propositura da acção, mas necessariamente por dívida contraída no decurso da comunhão, deve integrar o passivo da relação de bens e não ser objecto de acção autónoma de prestação de contas¹⁵⁸³ (ou de enriquecimento sem causa), solução apenas defensável se há créditos entre cônjuges por pagamento de dívidas próprias.

Portanto, e concluindo, a comunhão indivisa deve ser objecto de uma regulamentação especial e não a do regime de bens. Como património autónomo que é a melhor regulamentação aproxima-a da comunhão hereditária. Assim, os bens comuns continuarão a responder pelas dívidas já contraídas no decurso da comunhão e consideradas comuns. As dívidas contraídas depois da dissolução devem considerar-se próprias do cônjuge que as contraiu, salvo se forem em benefício da comunhão indivisa.

¹⁵⁸³ Tal como decidiu o ac. da RC, de 15.02.2005 (<http://www.dgsi.pt>): “O processo especial de inventário em consequência do divórcio (...) é o meio adequado para se conhecer e decidir dos chamados “créditos de compensação” entre os cônjuges, devendo aí ser relacionados, e já não em processo de prestação de contas”. Como aí se refere, o processo especial de inventário destina-se não só a dividir os bens do casal, mas a liquidar as responsabilidades mútuas e as dívidas do casal. Ora, nestas incluem-se não só as dívidas face a terceiros mas também as devidas entre os patrimónios existentes dentro do casal. Tal como se incluem todos os bens do casal também devem incluir-se todas as dívidas, incluindo as compensações. Além disso, a acção especial de prestação de contas assenta na unilateralidade do dever de uma das partes prestar contas à outra, relativamente a bens ou interesses que lhe foram confiados, de acordo com o princípio geral de que quem administra bens alheios deve prestar contas da sua administração ao titular desses bens ou interesses. Ora, tal não sucede aqui. Contra, v., Lopes Cardoso, *Partilhas Judiciais*, vol. III, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 1991, p. 392, para quem, apesar de consideradas no momento da partilha para serem satisfeitas de acordo com o art. 1689.º, n.º 3, as dívidas de compensações não devem ser relacionadas no inventário. Considera que as compensações não dizem respeito ao património comum mas ao património individual do cônjuge credor da mesma e, em contrapartida, um elemento do passivo do do cônjuge devedor. Como resulta do já exposto não podemos concordar com a posição deste autor, desde logo, porque se confunde as compensações com os créditos entre cônjuges. As compensações implicam uma relação com o património comum e é efectivamente o processo de inventário o meio adequado à sua consideração, dado que é por ele que se procede à liquidação e partilha da comunhão. Ora, uma das operações da liquidação é precisamente, como vimos, a consideração das compensações existentes entre os patrimónios comum e próprios dos cônjuges.

Repare-se que o art. 1419.º, n.º 1, al. b), do Cód. de Processo Civil, em matéria de divórcio por mútuo consentimento, exige a apresentação da relação de “bens” comuns. Esta referência aos bens deve entender-se como sendo ao património, ou seja, integrando os bens e as dívidas. Assim, entendemos que esta relação deve incluir não só o activo como o passivo do património comum, sob pena de destruir o jogo das compensações pelo pagamento de dívidas. É evidente que é em processo de inventário que estas questões podem colocar-se mas o mesmo inventário assenta na referida relação de bens, pelo que esta deverá conter tais informações (v. arts. 1345.º, n.º 2, e 1404, n.º 3, do Cód. de Processo Civil). Se naquela ou neste não constarem as dívidas, quer a terceiros quer entre os diferentes patrimónios, não teria sentido a regulamentação das dívidas na partilha nem das compensações

Em todo o caso, os bens comuns, enquanto tais, podem responder por tais dívidas próprias de cada um dos cônjuges. De facto, o credor pode obter o seu pagamento também pela meação dos bens comuns que caberão na partilha ao seu devedor¹⁵⁸⁴.

No direito francês entende-se que à indivisão pós-comunhão não se aplica as regras especiais da comunhão entre cônjuges, mas antes o Direito comum da indivisão ordinária (compropriedade)¹⁵⁸⁵. A dissolução do regime implica imediatamente o fim da comunhão, e das suas regras, e a sua substituição pelas regras gerais da compropriedade (arts. 815.º e segs. do Cód. Civil francês). Tais normas regulam o estado de indivisão gerado e que pode prolongar-se, sobretudo no caso de dissolução da comunhão por morte de um dos cônjuges, durante muitos anos. Integram o activo desta compropriedade todos os bens comuns que existiam no momento da dissolução do regime, não sendo aumentado por novos bens¹⁵⁸⁶.

Mas, aquilo que aqui nos importa é a composição e regulação do passivo dessa indivisão¹⁵⁸⁷. Neste sentido, distingue o art. 815.º-17 do Cód. Civil francês, aplicável à comunhão dissolvida, os credores da comunhão dissolvida, aqueles cujos créditos resultam da conservação ou administração dos bens indivisos e os credores pessoais de um dos ex-cônjuges comproprietários. Assim, os credores que podiam exigir o seu

¹⁵⁸⁴ É precisamente o que refere o ac. da RL, de 12.07.2001 (*loc. cit.*). De facto, tratando-se de dívida contraída apenas pelo cônjuge marido após a dissolução do casamento, deve o exequente, tendo por título executivo uma letra aceite apenas por aquele, nomear à penhora o direito de meação do ex-cônjuge marido sobre a casa de morada da família entretanto atribuída à ex-cônjuge mulher.

¹⁵⁸⁵ F. Terré/Ph. Simler, *ob. cit.*, p. 443, A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, pp. 427-442, e Annie Lamboley/Marie-Hélène Laurens-Lamboley, *Droit des régimes matrimoniaux*, 3.ª ed., Paris, Litec, 2004, p. 142. Por isso, a jurisprudência já decidiu, p. ex., que o cônjuge que, por morte do outro, ocupa sozinho a casa de morada da família, deve à indivisão uma indemnização, de acordo com o art. 815.º-9 do Cód. Civil francês (Cass. civ. 1.ª, (*Casier*), de 15 de Fevereiro de 1973 (*D.* 1975, p. 509), consultado em Savatier, “Le régime des récompenses au regard de l’indivision post-communautaire”, *Recueil Dalloz Sirey*, chr. XXX, 1975, pp. 179 e 180, e A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, pp. 661 e 662). A aplicação das regras da compropriedade decorre também da concepção da natureza jurídica da comunhão. De facto, se se entende a comunhão como uma indivisão *sui generis*, como muitos autores franceses (p. ex., Henri Mazeaud, *et alii*, *ob. cit.*, p. 151, e A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, pp. 193 e 196), no momento da sua dissolução as regras especiais a que está sujeita deixam de aplicar-se, sendo substituídas pelas regras gerais da compropriedade (v., Henri Deschenaux, *La nature juridique de la communauté...*, *cit.*, p. 349, ainda que o autor defenda a consideração da comunhão como uma sociedade, estando sujeita às regras da liquidação das mesmas no momento da sua dissolução).

De referir, como nota M.ª Amalia Blandino Garrido, *ob. cit.*, p. 51, nota 82, que a regulamentação legal da compropriedade em França assenta numa certa estabilidade da instituição desde a Reforma de 1976, permitindo o equilíbrio entre o interesse individual de cada comproprietário e o interesse comum da indivisão.

¹⁵⁸⁶ Salvo os que a esses bens comuns se relacionam, como os frutos e rendimentos de tais bens quando não tenha sido efectuada uma partilha prévia (“*provisionnel*”) ou acordo estabelecendo a fruição dividida (art. 815.º-10 do Cód. Civil francês). O mesmo se diga dos bens sub-rogados no lugar daqueles. V., sobre estas questões, A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, pp. 429-434.

¹⁵⁸⁷ Tal como em matéria de dívidas, também as regras da administração da comunhão deixam de aplicar-se com a dissolução desta, passando a aplicar-se as regras do Direito comum da indivisão, devendo os ex-cônjuges administrar e dispor em conjunto (art. 815.º-3 do Cód. Civil francês). V., M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 501-511.

pagamento pelos bens comuns por dívidas consideradas comuns e ainda não pagas no momento da dissolução¹⁵⁸⁸ e aqueles cujo crédito resulta da conservação ou administração dos bens indivisos¹⁵⁸⁹, serão pagos por levantamento dos bens que constituem o activo indiviso antes da partilha, o que significa que escapam ao concurso com os credores pessoais de cada ex-cônjuge (que, antes da partilha, não podem penhorar a parte do seu devedor nos bens indivisos). Podem, portanto, exigir o pagamento sobre os bens indivisos no seu conjunto, como se ainda continuasse a existir comunhão. Podem, além disso, reagir contra a penhora e venda dos bens indivisos. Acresce que, e além de terem o cônjuge que contraiu a dívida como seu devedor pessoal (art. 1482.º do Cód. Civil francês), podem executar na medida da metade os bens próprios do cônjuge do seu devedor no decurso da indivisão (art. 1483.º do Cód. Civil francês)¹⁵⁹⁰.

Por seu lado, os credores pessoais de cada cônjuge são aqueles que antes da dissolução do regime apenas podiam executar o património próprio dos cônjuges bem como aqueles cujo crédito surgiu depois da dissolução e no decurso da indivisão e que

¹⁵⁸⁸ Integram, portanto, o passivo da massa indivisa as dívidas nascidas no decurso do regime de bens e a cargo da comunhão e ainda não pagas no momento da dissolução. Não estão, portanto, as dívidas comuns sujeitas à regra da divisão do art. 1220.º do Cód. Civil francês, o que pode gerar dificuldades de compreensão se se trata de comunhão dissolvida por morte. De facto, aqui os credores podem exigir o pagamento aos co-herdeiros de acordo com o art. 870.º do Cód. Civil francês, respondendo cada um na proporção em que sucede (A. Colomer, *Droit Civil...*, cit., p. 435 e nota 29).

De chamar a atenção para o facto de as dívidas relativas à contracção de empréstimo nos termos do art. 1415.º do Cód. Civil francês não poderem considerar-se dívidas da comunhão. De facto, a possibilidade de os credores poderem executar os rendimentos do cônjuge devedor não é suficiente para considerar a dívida como comum. Assim, se a referida obrigação não se encontra paga no momento da dissolução deve atribuir-se-lhe o tratamento das restantes dívidas pessoais.

¹⁵⁸⁹ Trata-se das despesas necessárias à conservação, administração, reparação dos bens indivisos e todas as dívidas assumidas por um dos ex-cônjuges das quais a indivisão tirou proveito (Marty/Raynaud, *ob. cit.*, p. 269).

¹⁵⁹⁰ De facto, o art. 1483.º do Cód. Civil francês reconhece tal direito ao credor desde o momento da dissolução e não apenas depois da partilha. Tal faculdade foi apenas permitida após a Reforma de 1985. Até aí, os credores da comunhão não podiam, no decurso da indivisão, accionar o cônjuge do seu devedor, dado que tal faculdade só lhes era permitida depois da partilha, na medida de metade, e sujeita ao benefício de inventário.

Alguns autores consideram injusta tal faculdade dos credores comuns, dado que o ex-cônjuge do que contraiu a dívida deverá responder por ela na medida da metade depois da partilha, uma vez que é nessa altura que ele receberá metade da massa comum. Além disso, não pode socorrer-se do benefício de inventário antes da partilha (Ph. Simler, "Note sous Cass. civ. 1.ª, 1.ª mars 1988", *JCP* 1988.II.21158, e "Note sous Cass. civ. 1.ª, 7 mars 1989", *JCP* 1989.II.21309, F. Terré/Ph. Simler, *ob. cit.*, pp. 451 e 452, e Cornu, *Les régimes matrimoniaux...*, cit., pp. 422 e 423). Outros, contudo, admitem a faculdade conferida ao credor desde o momento da dissolução (Aubry/Rau, *ob. cit.*, pp. 496 e 497) e consideram que o cônjuge encontra protecção nos arts. 1487.º e 1488.º do Cód. Civil francês. A jurisprudência tem também aplicado o art. 1483.º do Cód. Civil francês desde o momento da dissolução da comunhão. Flour/Champenois, *ob. cit.*, p. 543, consideram que, sendo a regra do art. 1483.º, 1.º, do Cód. Civil francês, a possibilidade de o credor exercer o seu direito desde o momento da dissolução, deve abrir-se uma excepção se o cônjuge do devedor invocar o benefício de inventário, ou seja, se se realizou inventário nos termos do art. 1484.º do Cód. Civil francês, o credor apenas poderá exercer o seu direito depois da partilha, pois só nessa altura serão determinados os bens inventariados que cabem a esse cônjuge.

não são de conservação ou administração dos bens indivisos. Na falta de convenção relativa ao exercício de direitos indivisos, não podem tais credores executar a parte do seu devedor nos bens indivisos. Podem, contudo, provocar a partilha em nome do seu devedor ou intervir na partilha por ele iniciada (art. 882.º do Cód. Civil francês). Os cônjuges podem evitar o curso da acção de partilha pagando a dívida em nome do devedor, mantendo, assim, a indivisão. Neste caso, os credores pessoais serão pagos por levantamento dos bens indivisos (*prélèvement*). Se for estipulada uma convenção de indivisão, os credores pessoais apenas podem requerer a partilha nos casos em que o seu devedor o possa. Nos casos em que tal não lhes seja possível podem requerer a penhora e venda da quota-parte do seu devedor (art. 1873.º-15 do Cód. Civil francês).

Repare-se, portanto, que as dívidas contraídas por qualquer um dos cônjuges no decurso da fase pós-comunhão são consideradas dívidas próprias de quem as contraiu, salvo se se tratar de dívidas relativas à conservação e administração da massa indivisa. Como tínhamos referido, depois da dissolução poucas dívidas serão comuns. De facto, só se justifica a manutenção de dívidas pelas quais ambos os cônjuges respondam se ambos beneficiarem com elas (nomeadamente, porque aproveitam à massa indivisa a partilhar). Tem, por isso, justificação a solução do direito francês.

No direito italiano, a doutrina dominante considera que a comunhão legal se transforma automaticamente com a sua dissolução numa comunhão ordinária^{1591 1592}, ou

¹⁵⁹¹ Guido Tedeschi, *ob. cit.*, p. 742, Cian, “Sulla pubblicità del regime patrimoniale della famiglia. Una revisione chesi impone”, *Rivista di Diritto Civile*, ano XXII, I, 1976, p. 34, que alterou depois a sua posição (“Introduzione. Sui presupposti storici e sui caratteri generali del diritto di famiglia riformato”, in AAVV, *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, *cit.*, sob a direcção de Carraro/Oppo/Trabucchi, vol. I, tomo I, p. 59, onde adopta a posição de equiparação da comunhão em liquidação à sociedade em liquidação), Schlesinger, *ob. e loc. cit.*, sob a direcção de Carraro/Oppo/Trabucchi, p. 438 e pp. 442 e 443, Santosuosso, *Commentario del Codice Civile. Delle persone e della famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia*, *cit.*, p. 288, e Beni ed attività economica..., *cit.*, p. 189, M. Gionfrida Daino, *ob. cit.*, pp. 191 e 192, C. M. Bianca, *Diritto civile...*, *cit.*, p. 101, Giovanni Ingino, “Gli effetti dello scioglimento della comunione legale sui rapporti patrimoniali tra coniugi anteriormente alla divisione”, *Quadrimestre – Rivista di Diritto Privato*, n.º 2, 1989, pp. 329 e 330, A. Smiroldo, “Effetti dello scioglimento”, in AAVV, *La comunione legale*, *cit.*, sob a direcção de C. M. Bianca, tomo II, p. 969, M. Morelli, *ob. cit.*, p. 123, T. Auletta, *Il diritto di famiglia*, *cit.*, pp. 190 e 191, Bruno de Filippis, *ob. cit.*, p. 292, e A. Galasso, *ob. cit.*, p. 518 e pp. 529 e 530. V., na jurisprudência, as decisões do Trib. Verona, de 29 de Setembro de 1987 (*Diritto di famiglia*, I, 1988, p. 999), *Corte di Cassazione*, de 28 de Novembro de 1996 (*For. it.*, ano CXX, I, 1997, p. 95), e *Corte di Cassazione*, de 11 de Novembro de 1996 (*Giust. Civ.*, tomo II, I, 1997, p. 2220), e Raffaele Caravaglios, *ob. cit.*, tomo II, pp. 1004 e 105. Maria Fortunata Lo Moro Biglia, *ob. cit.*, pp. 285 e segs., considera que a forma correcta de analisar o problema passa por uma prévia análise das normas da compropriedade que em cada caso podem aplicar-se à comunhão indivisa. Assim, considera serem as regras da compropriedade (nomeadamente o art. 1105.º, quanto à administração conjunta, e o art. 1110.º, quanto aos actos que cada comproprietário pode praticar para conservação da coisa comum, ambos do Cód. Civil italiano) que melhor se adequam à regulação da administração e disposição dos bens (pp. 334-364).

Posição criticada por M. Paladini, *ob. e loc. cit.*, pp. 372-374, sobretudo por implicar que cada um dos cônjuges possa, a partir da transformação da comunhão em compropriedade, alienar a terceiro a sua quota, permitindo que a partilha se pudesse fazer entre

seja, tratar-se-á de uma situação de compropriedade à qual se deverá aplicar as regras gerais dos arts. 1110.º a 1116.º do Cód. Civil italiano, e às quais se lhe aplica, naquilo que não for especialmente aí previsto, as normas da partilha hereditária (arts. 1116.º e 713.º e segs. do Cód. Civil italiano). Transformando-se a comunhão legal em compropriedade, alguns autores consideram continuar a aplicar-se o art. 189.º do Cód. Civil italiano, e a preferência dos credores comuns face aos próprios de cada cônjuge em relação ao pagamento por bens comuns¹⁵⁹³, mas já não a responsabilidade subsidiária do art. 190.º do Cód. Civil italiano¹⁵⁹⁴. Para outros, há que distinguir entre as dívidas próprias e as comuns. Os credores pessoais, antes ou depois da dissolução, concorrem em situação de igualdade com os credores da ex-comunhão em relação aos bens próprios do devedor (incluindo os que lhe cabem por força da partilha)¹⁵⁹⁵. Por seu lado, os credores comuns podem exigir a cada um dos cônjuges, por metade (portanto, na proporção que cada um tem a receber nos bens comuns), o pagamento seja por meio de um bem comum antes da partilha seja por bens determinados pertencentes a cada um dos cônjuges depois da partilha¹⁵⁹⁶.

Parece-nos que, por aplicação das regras da compropriedade, as dívidas contraídas no decurso da indivisão serão próprias do cônjuge que as contraiu, salvo as que se destinarem às despesas necessárias “à conservação da coisa comum” (art. 1110.º do Cód. Civil italiano), necessárias à própria comunhão indivisa. Neste caso, o cônjuge que as pagou na totalidade tem direito a reembolso da parte que cabia ao outro cônjuge, que

um dos cônjuges e um terceiro estranho. Além disso, a referência do art. 177.º, als. b) e c), do Cód. Civil italiano, à comunhão “*de residuo*”, que surge no momento da dissolução da comunhão legal, integra-se no capítulo da comunhão legal e não da compropriedade, pelo que esta não surgiria automaticamente com a dissolução.

¹⁵⁹² Não se considera que a dissolução implica a criação de uma massa patrimonial sujeita a uma disciplina própria e específica à qual, na falta de regulamentação, se aplica analogicamente as regras da compropriedade, mas sim que a comunhão se transforma por força da lei em compropriedade com aplicação directa dos arts. 1101.º a 1116.º do Cód. Civil italiano (v., M. Paladini, *ob. e loc. cit.*, p. 371). Pode, por isso, cada um dos cônjuges dispor livremente da sua parte na comunhão como acontece na compropriedade, desde que se respeite o eventual direito do outro cônjuge previsto no art. 192.º do Cód. Civil italiano (Giovanni Ingino, *loc. cit.*, p. 331).

¹⁵⁹³ Giovanni Ingino, *loc. cit.*, p. 331.

¹⁵⁹⁴ Schlesinger, *ob. e loc. cit.*, sob a direcção de Carraro/Oppo/Trabucchi, p. 443, ainda que se mantenha a responsabilidade dos bens próprios pelas dívidas em causa. Também A. Pino, *ob. cit.*, p. 118. Maria Fortunata Lo Moro Biglia, *ob. cit.*, pp. 368-374, defende a aplicação da regra geral do art. 1294.º do Cód. Civil italiano, da solidariedade, às dívidas da comunhão indivisa já contraídas no interesse da família e não pagas no momento da liquidação. Esta solidariedade é, porém, diferente da prevista no art. 190.º do Cód. Civil italiano, dado que para a autora não há agora subsidiariedade dos patrimónios próprios.

¹⁵⁹⁵ Mas já não quanto aos bens comuns, em relação aos quais os credores comuns têm preferência, além, de só poderem exigir o seu pagamento a título subsidiário senão existirem bens próprios.

¹⁵⁹⁶ Guido Tedeschi, *ob. cit.*, p. 755, e Cian/Villani, *loc. cit.*, p. 385. Assim, e como refere Giovanni Ingino, *loc. cit.*, p. 332, os credores da ex-comunhão podem sempre recorrer ao art. 190.º do Cód. Civil italiano, dado que podem, mesmo depois da dissolução, exigir o pagamento pelos bens próprios de um dos cônjuges.

será de metade (arts. 1101.º e 1104.º do Cód. Civil italiano)¹⁵⁹⁷. Repare-se que os credores pessoais de cada cônjuge podem intervir na partilha (art. 1113.º do Cód. Civil italiano). Por seu lado, o art. 1115.º do Cód. Civil italiano regula as dívidas solidárias dos comproprietários/cônjuges relativas à comunhão, devendo as mesmas ser pagas pelos bens comuns entretanto partilhados. Se um dos cônjuges tiver pago, antes da partilha, a mais que a parte que lhe competia deve também ser reembolsado no momento da partilha recebendo uma quota nos bens comuns superior à do outro e equivalente ao montante pago em excesso.

De referir que este entendimento pode sofrer um desvio em relação aos autores que consideram que a contitularidade dos cônjuges incide sobre a massa patrimonial no seu todo que constituía a comunhão de bens e não sobre cada um dos bens desse património. Nesse caso, a comunhão indivisa assemelha-se mais à comunhão hereditária do que à compropriedade¹⁵⁹⁸. A distinção não tem grande relevo prático atendendo ao reenvio que o art. 1116.º do Cód. Civil italiano faz para as regras da partilha sucessória¹⁵⁹⁹. Em matéria de dívidas, significa que os cônjuges respondem face aos credores comuns pessoalmente na proporção da sua quota (art. 754.º do Cód. Civil italiano)¹⁶⁰⁰.

Outra parte da doutrina, por outro lado, defende a tese da “ultractividade” da comunhão legal¹⁶⁰¹, ou seja, as regras reguladoras desta continuam a aplicar-se, apesar da dissolução, até à efectiva partilha dos bens comuns. Manter-se-ão, portanto, as regras da administração e disposição¹⁶⁰² e da responsabilidade por dívidas. Alguns autores

¹⁵⁹⁷ Como referem Cian/Villani, *loc. cit.*, p. 385, pelas dívidas da comunhão depois da dissolução responde cada um dos cônjuges na medida da metade, como se se tratasse de obrigações conjuntas. V. também, Maria Fortunata Lo Moro Biglia, *ob. cit.*, pp. 322 e 325.

¹⁵⁹⁸ É a posição defendida por Busnelli, “Comunione dei beni tra coniugi”, *Enciclopedia del Diritto*, vol. VIII, Milano, Giuffrè Editore, 1961, p. 273, Sergio Alagna, “Lo scioglimento della comunione legale...”, *ob. e loc. cit.*, pp. 505 e 506, e F. Prosperì, *Sulla natura..., cit.*, p. 156. Também Mastropaolo/Pitter, *ob. e loc. cit.*, p. 288, ainda que defendendo a manutenção das regras da comunhão, equipara-a à comunhão hereditária.

¹⁵⁹⁹ F. Prosperì, *Sulla natura..., cit.*, p. 156, nota 249, e Maria Fortunata Lo Moro Biglia, *ob. cit.*, p. 285, nota 9.

¹⁶⁰⁰ Contra, Maria Fortunata Lo Moro Biglia, *ob. cit.*, p. 366.

¹⁶⁰¹ G. Oppo, “Responsabilità patrimoniale...”, *loc. cit.*, p. 105, e Mastropaolo/Pitter, *ob. e loc. cit.*, pp. 288-291. V., para a jurisprudência, Raffaele Caravaglios, *ob. cit.*, tomo II, pp. 1007-1013.

¹⁶⁰² O que leva alguns autores a criticar tal entendimento, dado que o art. 184.º, 2.º, do Cód. Civil italiano, exige que a acção de anulação de actos praticados por um cônjuge quando era necessário o consentimento de ambos seja intentada no prazo de até um ano após a dissolução da comunhão. V., M. Paladini, *ob. e loc. cit.*, p. 381, que critica a manutenção das regras da administração pelas dificuldades, decorrentes do fim da comunhão de vida entre os cônjuges, da administração disjunta, fazendo com que o poder de administração possa ser concentrado nas mãos de um só cônjuge. Entende, por isso, que após a dissolução o cônjuge adquirente do bem será o administrador do mesmo. Os bens que no decurso da comunhão foram adquiridos por ambos são administrados por ambos como comproprietários. E para evitar que um cônjuge possa ser prejudicado no momento da partilha por actos de

defensores da presente doutrina distinguem consoante as dívidas sejam anteriores ou posteriores à dissolução. Em relação às anteriores continua a aplicar-se as normas dos arts. 186.º a 190.º do Cód. Civil italiano, para protecção do credor comum. Para as contraídas depois da dissolução considera-se que, cessada a comunhão conjugal, deixam de existir dívidas contraídas no interesse da família (art. 186.º, al. c), do Cód. Civil italiano), pelo que não terá razão de ser a continuação da aplicação das referidas normas¹⁶⁰³.

Outros autores defendem ainda uma posição diferente, segundo a qual, por força da dissolução, abre-se uma fase liquidatória semelhante à prevista no caso da sociedade simples (sem personalidade jurídica) e que termina com a distinção do património comum dos próprios de cada cônjuge e com a divisão do património comum¹⁶⁰⁴. A analogia com a liquidação da sociedade releva na regulação das relações entre os ex-cônjuges e na liquidação do activo e do passivo (devendo pagar-se primeiro o passivo e só depois proceder-se à divisão do activo restante). Assim, após a dissolução cessam as regras de administração dos arts. 180.º e segs. do Cód. Civil italiano, passando a reger as regras dos bens comuns, bem como cessa a contracção de dívidas no interesse da família, aplicando-se as regras da separação de bens (ou seja, as regras de Direito

administração e disposição do outro sobre bens que este último administra pode sempre recorrer-se ao meio ordinário de “sequestro” dos bens adquiridos pelo outro cônjuge (p. 383). Maria Fortunata Lo Moro Biglia, *ob. cit.*, pp. 288-309, depois de fundar a regra da administração disjunta, no decurso do regime de comunhão, na solidariedade conjugal (facilitando a administração do património comum e a melhor tutela de terceiros que contratem com um dos cônjuges), afasta a mesma administração disjunta por a solidariedade cessar com a dissolução do casamento (coincidindo o fim da comunhão com a dissolução do casamento, o que pode não acontecer se o regime de bens termina por alteração da convenção matrimonial). Com a dissolução a regra deverá ser a da administração conjunta. De igual modo, não se mantêm também as regras da indisponibilidade dos bens que vigoram no decurso do regime de bens.

Gabrielli/Cubeddu, *ob. cit.*, p. 179, considera esta posição doutrinária excessiva e inaceitável.

L. Trevisan, *loc. cit.*, p. 417, admite a continuação da comunhão mas defende apenas a aplicação das suas regras que regulam as relações dos cônjuges com terceiros credores, ou seja, apenas as regras reguladoras da responsabilidade por dívidas.

¹⁶⁰³ O mesmo pode dizer-se em relação às dívidas previstas no art. 186.º, al. a), do Cód. Civil italiano, dado que após a dissolução não se adquirem novos bens, assegurando-se apenas a manutenção do património comum (Maria Fortunata Lo Moro Biglia, *ob. cit.*, p. 312).

Posição criticada por M. Paladini, *ob. e loc. cit.*, pp. 375 e 376, dado que nem sempre a dissolução da comunhão coincide com a cessação da comunhão de vida conjugal (como acontece, p. ex., no caso de alteração do regime de bens ou de falência de um dos cônjuges) e, por isso, não tem sentido afastar a aplicação de tais normas pela razão apresentada, dado que podem continuar a existir dívidas contraídas depois da dissolução no interesse da família.

¹⁶⁰⁴ De Paola/Macri, *ob. cit.*, pp. 209-211, De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia...*, *cit.*, p. 639, e L. Barbiera, *ob. e loc. cit.*, pp. 614 e 635.

Posição criticada por Giovanni Ingino, *loc. cit.*, pp. 325-329, nomeadamente, por a disciplina societária visar uma finalidade estranha à comunhão conjugal, ou seja, visa o exercício de uma actividade económica com vista à obtenção do lucro, enquanto que a comunhão conjugal no plano patrimonial decorre da comunhão de vida entre os cônjuges. Além disso, o direito de cada cônjuge sobre os bens comuns no momento da dissolução é um direito real, não podendo equiparar-se ao de um sócio sobre os bens sociais.

comum). Pelas dívidas que ingressem no art. 186.º do Cód. Civil italiano continuam a responder os bens comuns, tendo os credores comuns preferência sobre os pessoais do cônjuge, entendendo alguns autores que já não se justifica a responsabilidade subsidiária do art. 189.º do Cód. Civil italiano¹⁶⁰⁵.

A *comunidad postganancial* tem sido também objecto de análise em Espanha, dado o direito espanhol não conter regulamentação expressa do problema. De facto, uma vez dissolvido o casamento (ou apenas o regime de bens)¹⁶⁰⁶ pode a comunhão permanecer em estado de indivisão por longo período de tempo (o art. 1409.º do Cód. Civil espanhol traduz precisamente esta ideia). Importa determinar a natureza de tal comunhão pós-conjugal e, com isso, a regulamentação a seguir nesse período, especialmente em matéria de dívidas¹⁶⁰⁷.

Alguns autores viam nela uma compropriedade (*comunidad ordinaria*) ainda que com características específicas (não haver quotas concretas sobre os bens)¹⁶⁰⁸. Outros

¹⁶⁰⁵ De Paola/Macri, *ob. cit.*, p. 211, e L. Barbiera, *ob. e loc. cit.*, p. 616.

¹⁶⁰⁶ Na verdade, pode a comunhão de bens dissolver-se no decurso do casamento não só por alteração convencional do regime de bens (art. 1392.º, 4.º, do Cód. Civil espanhol), mas também por incapacidade, prodigalidade, ausência ou falência de um dos cônjuges (art. 1393.º, 1.º, do Cód. Civil espanhol), no caso de realização por um dos cônjuges de actos unilaterais de disposição que impliquem fraude, dano ou perigo para os direitos do outro (art. 1393.º, 2.º, do Cód. Civil espanhol), de incumprimento grave e reiterado do dever de informação (art. 1393.º, 4.º, do Cód. Civil espanhol) ou ainda no caso de oposição do cônjuge não devedor à penhora de bens comuns pelo credor (art. 1373.º do Cód. Civil espanhol). Dissolvida a comunhão no decurso do casamento sem se realizar a partilha dos bens comuns, passará a vigorar o regime de separação de bens a par da regulamentação da comunhão indivisa (Begoña González Acebes, “El régimen jurídico de la comunidad postganancial”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ano LXVIII, n.º 610.º, 1992, 1183).

¹⁶⁰⁷ Para que a dissolução produza efeitos face a terceiros credores é necessário que conste do respectivo registo, ficando os credores de boa fé protegidos pela aparência do regime matrimonial dissolvido (registo civil, registo predial se estão em causa imóveis...). Além disso, e no caso de alteração de regime de bens, esta não pode afectar direitos adquiridos por terceiros credores, ou seja, ainda que a alteração conste dos respectivos registos, não pode prejudicar direitos já adquiridos de terceiros (art. 1317.º do Cód. Civil espanhol). V., M.ª Amalia Blandino Garrido, *ob. cit.*, pp. 86-94.

Se os cônjuges ou ex-cônjuges não satisfizerem voluntariamente as dívidas comuns aos respectivos credores, entre a dissolução e a partilha, podem estes últimos exigir judicialmente o seu pagamento sobre os bens comuns que integram a indivisão e sobre os bens próprios dos cônjuges (M.ª Amalia Blandino Garrido, *ob. cit.*, p. 114). E podem, evidentemente, reagir contra alienações fraudulentas dos cônjuges a terceiros de bens comuns, mediante a acção pauliana (mesma autora e obra, p. 116).

¹⁶⁰⁸ Neste sentido pronunciaram-se algumas resoluções da Direcção Geral dos Registos, conforme nota Carlos Lasarte, *ob. cit.*, p. 257. Esta posição foi pela generalidade da doutrina abandonada, dado que apesar de cada um dos cônjuges ou ex-cônjuges deter uma quota não é uma quota concreta sobre bens determinados. Em todo o caso, Manuel Albaladejo, *Compendio de Derecho Civil*, *cit.*, p. 561, defende que da dissolução à liquidação os bens comuns passam a pertencer a cada cônjuge ou ex-cônjuge em regime de compropriedade. Alguma jurisprudência considera ser também de aplicar as regras da compropriedade ainda que admita que não existam quotas concretas sobre os bens (v., a decisão citada por Carlos Lasarte, *ob. cit.*, pp. 257 e 258). Serrano Alonso, *et alii*, *ob. cit.*, p. 113, considera que a comunhão transforma-se numa compropriedade aplicando-se as regras desta.

autores consideram tratar-se de uma espécie de *sociedad de gananciales continuada* que só termina com a sua total liquidação¹⁶⁰⁹.

A maioria da doutrina equipara-a à comunhão hereditária antes da partilha, apoiada na remissão que o art. 1410.º do Cód. Civil espanhol faz para as normas da liquidação e partilha da herança, onde cada um dos cônjuges detém quotas abstractas sobre o total do património comum, e não quotas concretas sobre cada um dos bens como na compropriedade¹⁶¹⁰. Estes últimos autores aplicam, e na falta de normas especiais para este património em liquidação (*patrimonio autónomo en liquidación*), as regras da comunhão hereditária. A comunhão apenas continuará a responder pelas dívidas que eram comuns no momento da dissolução. Tal como novos bens não integram o património comum indiviso, também as dívidas entretanto contraídas apenas responsabilizam o cônjuge que as contraiu (art. 1911.º do Cód. Civil espanhol), podendo o credor exigir o pagamento pela meação que ele haja de receber nos bens comuns no momento da partilha, mas não podendo responsabilizar de imediato os bens comuns e o outro cônjuge¹⁶¹¹. Deixa, portanto, de ter aplicação o art. 1373.º do Cód. Civil espanhol,

¹⁶⁰⁹ Posição criticada por A. López/V.L. Montés/E. Roca, *et alii*, *ob. cit.*, p. 247, e L. Díez-Picazo/A. Gullón, *ob. cit.*, p. 201, que consideram não ser de continuar a aplicar as regras do regime de comunhão, nomeadamente, não deve mais a comunhão ser aumentada com os rendimentos do trabalho dos cônjuges nem aplicar-se as regras de administração e disposição dos bens que pressupõem a subsistência de um casamento.

¹⁶¹⁰ A. Cabanillas Sánchez, “La mutabilidad...”, *loc. cit.*, p. 201, e “Notas sobre la mutabilidad del régimen económico matrimonial, la responsabilidad de los bienes del matrimonio por las obligaciones contraídas por el cónyuge comerciante y la protección de los acreedores”, in AAVV, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, tomo I, Madrid, Civitas, 1996, p. 494, Begoña González Acebes, *loc. cit.*, pp. 1184-1188, A. López/V.L. Montés/E. Roca, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 247 e 248, M.ª Amalia Blandino Garrido, *ob. cit.*, pp. 34-42 e p. 54, Yolanda Bustos Moreno, *ob. cit.*, pp. 298 e 299, L. Díez-Picazo/A. Gullón, *ob. cit.*, pp. 201 e 202, M.ª del Carmen Gete-Alonso y Calera/Maria Ysás Solanes/Judith Solé Resina, *ob. cit.*, p. 247, Lledó Yagüe, *et alii*, *ob. cit.*, p. 267, e Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida, *et alii*, *Elementos de Derecho Civil. Familia*, *cit.*, pp. 246-249 (ainda que também afirmem que o regime passa a ser o da compropriedade ainda que sem quotas concretas sobre os bens, aplicando as suas regras, além das regras da liquidação sucessória, à qual, aliás, se aplica o mesmo regime).

¹⁶¹¹ Yolanda Bustos Moreno, *ob. cit.*, p. 380, por influência do art. 1485.º do Cód. Civil francês, considera que as despesas relativas à manutenção e gestão da comunhão, os gastos derivados da liquidação e realização de inventário, e os gastos de partilha realizados no interesse comum devem também responsabilizar a indivisão pós-comunhão. Por seu lado, M.ª Amalia Blandino Garrido, *ob. cit.*, pp. 101-106, considera que são dívidas pós-comunhão “comuns” as contraídas depois da dissolução do regime de bens por ambos os cônjuges ou ex-cônjuges ou por um com o consentimento do outro, bem como as contraídas por um ou por ambos em benefício da indivisão pós-comunhão, ou seja, as dívidas relativas à manutenção, conservação, reparação, administração, etc. da referida indivisão. De facto, a aplicação dos arts. 393.º e 395.º do Cód. Civil espanhol, relativas à compropriedade, permite concluir que cada um dos cônjuges ou ex-cônjuges pode obrigar o outro a suportar os gastos em benefício da indivisão. Contudo, estes artigos regulam apenas as relações internas, não resultando daí a vinculação directa dos bens comuns. Em todo o caso, por aplicação do art. 1064.º do Cód. Civil espanhol (por força da remissão do art. 1410.º do Cód. Civil espanhol), pode concluir-se que cabe ao património pós-comunhão suportar a título definitivo tais dívidas. V. também, neste sentido, M.ª Teresa Martín Meléndez, *ob. cit.*, p. 354. Carmen López Beltrán de Heredia, *ob. cit.*, p. 284, considera também que excepcionalmente podem integrar o passivo da indivisão pós-comunhão, responsabilizando os bens comuns, a dívida contraída por ambos os cônjuges ou ex-cônjuges.

pensado para a vigência do casamento¹⁶¹². Por seu lado, a disposição dos bens comuns fica sujeita ao consentimento dos contitulares (art. 397.º do Cód. Civil espanhol)¹⁶¹³ e a administração segue as regras sucessórias (ou seja, sendo nomeado, mesmo tacitamente, um administrador cabe a este tais funções; na sua falta segue-se as regras da maioria, nos termos do art. 398.º do Cód. Civil espanhol)¹⁶¹⁴.

No direito alemão considera-se que após a dissolução a comunhão deixa de existir enquanto tal, mas permanece uma comunhão em liquidação (*Liquidationsgemeinschaft*) sem quotas concretas dos cônjuges sobre os bens, ou seja, continua o património de mão comum¹⁶¹⁵. Não podem, por isso, os cônjuges dispor dos bens comuns livremente (§§

Em todo o caso, os credores das dívidas comuns anteriores à dissolução da comunhão têm preferência sobre estes nos bens comuns para pagamento dos seus créditos.

¹⁶¹² J. M. Cutillas Torns, “La disolución de la sociedad legal de gananciales. Efectos jurídicos y posición de los acreedores frente a la misma”, *La Ley*, n.º 2, 1991, p. 1235, Begoña González Acebes, *loc. cit.*, p. 1197, e M.ª Amalia Blandino Garrido, *ob. cit.*, pp. 182-185. De facto, pode o credor pessoal penhorar o direito abstracto que o seu devedor tem sobre os bens comuns, mas não bens concretos do património comum. Essa possibilidade resulta da aplicação por analogia do art. 166.º do *Reglamento Hipotecario*, relativo às dívidas do herdeiro (M.ª Pilar Alvarez Olalla, *ob. cit.*, p. 218 e pp. 241-247). Salva-se, assim, a protecção destes credores, tal como, aliás, e se se trata de dissolução do regime de comunhão por substituição por um outro, prevê o art. 1317.º do Cód. Civil espanhol (M.ª Pilar Alvarez Olalla, *ob. cit.*, p. 222).

A protecção dos credores pessoais pode também resultar - além de poderem intervir na partilha dos bens comuns para evitar que esta se faça em prejuízo ou fraude aos seus direitos (art. 1083.º do Cód. Civil espanhol) e de recorrerem aos meios gerais de acordo com o disposto no art. 1111.º do Cód. Civil espanhol - do exercício, em vez do seu devedor, do direito de partilha de que este é titular (v., M.ª Amalia Blandino Garrido, *ob. cit.*, pp. 213-215, que considera que deve admitir-se a possibilidade de os cônjuges ou ex-cônjuges poderem paralisar o curso da partilha iniciada pelo credor pessoal de um deles, pagando a respectiva dívida a cargo do devedor). Pode, além disso, o não devedor recorrer à *tercería de dominio*, se o bem foi entregue ao devedor antes da liquidação da comunhão e, por isso, não corresponde à sua meação na mesma (M.ª Amalia Blandino Garrido, *ob. cit.*, pp. 187 e 188) ou se se penhoraram bens comuns concretos depois da dissolução da comunhão por dívidas contraídas por um dos cônjuges nesse período (Carmen López Beltrán de Heredia, *ob. cit.*, p. 277).

A jurisprudência divide-se quanto à possibilidade de aplicar o art. 1373.º do Cód. Civil espanhol. V., as decisões referidas por Pilar Benavente Moreda, “La anotación de embargo sobre bienes gananciales. Estudio de algunos aspectos del artículo 144 del Reglamento Hipotecario”, *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, ano LXXXVI, n.º 657, 2000, pp. 807-814.

¹⁶¹³ O acto de disposição de um bem comum realizado por apenas um dos cônjuges depois da dissolução é nulo (v., Juan Montero Aroca, *Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales (La aplicación práctica del artículo 95 del Código Civil y de los artículos 806 a 810 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)*, Valencia, Tirant lo blanch, 2002, pp. 81 e 82).

¹⁶¹⁴ V., José Carlos Sánchez González, “La sociedad de gananciales. Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales”, in AAVV, *Instituciones de derecho privado...*, *cit.*, pp. 219-233.

No direito alemão, o § 1472.º do BGB determina que até à partilha os cônjuges administram o património comum conjuntamente, devendo cada um deles colaborar com o outro na adopção das medidas necessárias para uma administração regular do património comum.

¹⁶¹⁵ V., Ludwig Enneccerus/Theodor Kipp/Martin Wolff, *ob. cit.*, pp. 460-462, MünchKomm - *Kanzleiter*, § 1471, Rdn. 6, pp. 694 e 695, Staudinger, *ob. cit.*, §§ 1363.º-1563.º, § 1471 Rdn. 8-12, pp. 688 e 689, e Gernhuber/Coester-Waltjen, *ob. cit.*, § 38, X, 2, pp. 459 e 460. De facto, com a dissolução do regime de comunhão o património de mão comum não desaparece e não se converte em compropriedade; antes se mantém como comunhão em liquidação (Dölle, *ob. cit.*, p. 967).

1471.º, 2.º, e 1419.º do BGB)¹⁶¹⁶ e passam ambos a administrar o património comum (§ 1472.º do BGB). As dívidas já contraídas e não pagas seguem o regime até então consoante a administração tenha sido singular ou conjunta, como já analisámos. Quanto às dívidas contraídas neste período falta uma norma reguladora das mesmas, sendo de considerar que por elas responde o cônjuge que as contrai (podendo até ser ambos os cônjuges, nos termos gerais dos §§ 420 e segs. do BGB), e a sua parte nos bens comuns (a determinar no momento da liquidação)¹⁶¹⁷. Não integrando mais as novas aquisições o património comum (v., contudo, o § 1473.º do BGB, em matéria de bens subrogados), também o mesmo património deixa de responder pela contracção de novas dívidas.

Portanto, ainda que não expressamente reguladas e com divergências na doutrina e na jurisprudência, o entendimento que seguimos para a regulamentação das dívidas contraídas entre o momento da dissolução do regime de bens e o da partilha do património comum aproxima-se do analisado pelo direito estrangeiro. Assim, tais dívidas serão próprias do cônjuge que as contraiu (ou de ambos, se ambos as contraíram), salvo as que foram contraídas em benefício da indivisão que devem responsabilizar também os bens indivisos, nos mesmos termos que as dívidas comuns contraídas no decurso do casamento e vigência do regime de bens.

¹⁶¹⁶ Em todo o caso, e como já referimos, os vínculos do património comum relaxam-se, dado que, apesar de cada um dos cônjuges não poder dispor da sua meação nos bens comuns, os credores podem penhorar essa meação (§ 860.º, 2.º, ZPO) (Dölle, *ob. cit.*, pp. 967 e 968).

Se um dos cônjuges dispõe sozinho de um bem comum, sem o consentimento do outro, serão de aplicar as normas dos §§ 181.º a 185.º do BGB, ou seja, as regras gerais e não as relativas ao regime de comunhão (Dölle, *ob. cit.*, p. 970).

¹⁶¹⁷ MünchKomm - *Kanzleiter*, § 1471 Rdn. 8, pp. 695, e Gernhuber/Coester-Waltjen, *ob. cit.*, § 38, X, 3, p. 460. De facto, os credores podem penhorar a meação do cônjuge devedor nos bens comuns (§ 860.º, 2.º, ZPO).

VI. Algumas notas acerca da responsabilidade por dívidas na separação de facto

De entre os deveres dos cônjuges¹⁶¹⁸, o dever de coabitação implica que os cônjuges vivam em comunhão de leito, mesa e habitação. Os cônjuges devem escolher de comum acordo a residência da família, ou seja, a terra e o local onde vão viver, atendendo, nomeadamente, às exigências da sua vida profissional, ao interesse dos filhos e à salvaguarda da unidade da vida familiar (art. 1673.º, n.º 1). Uma vez escolhida a residência familiar¹⁶¹⁹, os cônjuges têm a obrigação de aí viver, salvo motivos ponderosos em contrário (art. 1673.º, n.º 2)¹⁶²⁰. Caso não o façam, e não se verifiquem os mencionados motivos, haverá separação de facto com violação do referido dever de coabitação. Ora, esta violação é fundamento de divórcio litigioso, seja por causa subjectiva (quando se traduza na violação culposa de dever conjugal que pela sua gravidade e/ou reiteração comprometa a possibilidade de vida em comum – art. 1779.º), seja por causa objectiva assente na ruptura da vida em comum (arts. 1781.º, als. a) e b), e 1782.º)¹⁶²¹.

A separação de facto por três anos consecutivos, ou por um ano se o divórcio for requerido por um dos cônjuges sem oposição do outro, é causa de divórcio objectiva, a pedido de qualquer dos cônjuges, nos termos do art. 1781.º, als. a) e b)¹⁶²². A lei

¹⁶¹⁸ Para uma análise dos deveres conjugais e referências ao direito comparado, v., Jorge Duarte Pinheiro, *O núcleo intangível...*, cit., pp. 34-162.

¹⁶¹⁹ O lugar do cumprimento do dever de coabitação, como dizem Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 393.

¹⁶²⁰ Exigências da sua vida profissional podem justificar que esse cônjuge se afaste da residência familiar por um período de tempo mais ou menos longo, e isso não implica separação de facto dos cônjuges, para efeitos do art. 1781.º, als. a) e b), se ambos tiverem a intenção de restabelecer a comunhão de vida quando seja possível. Motivo ponderoso para um dos cônjuges não adoptar a residência da família é também o de a vida em comum se lhe ter tornado intolerável ou inexistente, em face dos maus tratos ou das injúrias do outro (Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ibidem*).

¹⁶²¹ Sobre os fundamentos do divórcio litigioso e, em especial, com base na ruptura da vida em comum, v., Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil...*, cit., vol. IV, pp. 541 e 542, Antunes Varela, *Direito da Família*, cit., pp. 500-503, e Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 682-688. V. também, os arts. 68.º, 69.º, 81.º e 86.º do Cód. Civil espanhol, os arts. 146.º, 150.º e 158.º do Cód. Civil italiano, e os §§ 1564.º a 1568.º do BGB (legislação onde o divórcio assenta apenas na ruptura da vida em comum e, por isso, na separação dos cônjuges).

De referir que o direito espanhol admite a validade de acordos de separação entre os cônjuges, que, tal como a separação não acordada, não fazem desaparecer quaisquer deveres decorrentes do casamento, como o dever de alimentos, bem como, se nada for estipulado nos termos do art. 1327.º do Cód. Civil espanhol, não altera o regime de bens vigente (L. Díez-Picazo/A. Gullón, *ob. cit.*, pp. 107-110, e Lledó Yagüe, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 110 e 111). V. também, quanto aos acordos em matéria de separação de facto, no direito alemão, Langenfeld, *ob. cit.*, pp. 247-249. Obviamente que não analisaremos aqui estas questões por apenas indirectamente se relacionarem com o problema em análise.

¹⁶²² A questão da conformidade desta solução legal com a CRP já foi colocada ao Tribunal Constitucional, no ac. n.º 105/90, de 29.03.1990 (*BMJ*, n.º 395.º, 1990, p. 185), que não considerou contrária ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º da CRP) a possibilidade de o cônjuge culpado requerer com fundamento na separação de facto o divórcio contra o inocente (admitida

considera que passado um certo período em que há separação de facto, a esperança da reconciliação dos cônjuges torna-se remota e pouco provável e, por isso, e preferindo a solução definitiva do divórcio, permite a qualquer um dos cônjuges a possibilidade de requerer o divórcio com tal fundamento.

A separação de facto dos cônjuges, como causa do divórcio, deve integrar um elemento objectivo e outro subjectivo, ou seja, a falta de vida em comum dos cônjuges (*corpus*) e o propósito da parte de ambos ou de um deles de não a restabelecer (*animus*)¹⁶²³. Por isso, o facto de os cônjuges viverem separados e em residências diferentes não é relevante por si como fundamento de divórcio (p. ex., é o que acontece com os emigrantes separados da sua família, ou com o cônjuge que se encontra preso ou que se encontra no estrangeiro em cumprimento de certas funções profissionais), sendo necessário que não haja intenção de restabelecer a vida em comum (desde a data em que a separação teve início e se mantenha durante um ou três anos consecutivos).

Mas, apesar de ser fundamento de divórcio, podem os cônjuges permanecer casados. A questão que aqui pretendemos analisar é a das dívidas contraídas no decurso do casamento mas onde existe separação de facto dos cônjuges, quando essa separação é fundamento de divórcio¹⁶²⁴. Não há dúvidas que, ao contrário dos problemas analisados

como causa bilateral que é pelo art. 1785.º, n.º 2). V., Pereira Coelho, “Casamento e divórcio no ensino de Manuel de Andrade e na legislação actual”, Separata do *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. LXXVII, 2001, p. 27.

O problema da legitimidade do cônjuge que abandonou o lar é também colocada na doutrina espanhola, dado que o art. 1393.º, 3.º, do Cód. Civil espanhol, também não determina a legitimidade exclusiva do cônjuge que não o abandonou. Assim, qualquer um dos cônjuges pode requerer a dissolução com base na separação de facto, sendo a sua razão a da inexistência da comunhão de vida (V., L. Díez-Picazo/A. Gullón, *ob. cit.*, pp. 199 e 200, entre outros). Contra, considerando que apenas tem legitimidade o cônjuge abandonado, v., José Carlos Sánchez González, “La sociedad de gananciales...”, in AAVV, *Instituciones de derecho privado...*, *cit.*, pp. 208 e 209.

¹⁶²³ Idênticos requisitos são exigidos pelas doutrinas francesa, apesar de o art. 237.º do Cód. Civil francês não os fixar expressamente (Henri Mazeaud, *et alii*, *Leçons de Droit Civil. La famille*, *cit.*, pp. 673 e 674), italiana (C. M. Bianca, *ob. cit.*, p. 176 e nota 104), e alemã (v., §§ 1565.º e 1567.º do BGB).

Pode, aliás, acontecer que os cônjuges vivam na mesma casa, mas em quartos diferentes e com uma vida isolada um do outro, como se casados não fossem, e sem intenção de restabelecer a vida em comum. É o que prevê o art. 87.º do Cód. Civil espanhol: não importa se os cônjuges continuam a viver sob o mesmo tecto; relevante é a ruptura consciente da convivência conjugal sem intenção de a restabelecer. Deve, portanto, verificar-se os elementos objectivo e subjectivo, independentemente de os cônjuges viverem ou não na mesma casa (v., MünchKomm - *Wolf*, § 1567 Rdn. 16-43, pp. 915-925, e Gernhuber/Coester-Waltjen, *ob. cit.*, § 27, VII, 5, p. 265).

¹⁶²⁴ De facto, se não é fundamento de divórcio, nos termos que referimos, e o casamento funciona dentro dos padrões da normalidade, aplicam-se normalmente as regras da responsabilidade por dívidas.

No caso de simples separação judicial de bens (arts. 1767.º e segs.), o regime matrimonial passa a ser o da separação de bens, procedendo-se à partilha do património comum como no caso de dissolução do casamento. Por isso, o regime da responsabilidade por dívidas mantém-se mas agora aplicado ao regime de separação de bens. Por sua vez, a separação de pessoas e bens (arts. 1794.º e segs.) tem a nível patrimonial os mesmos efeitos que a dissolução do casamento, podendo, eventualmente, colocar-se os problemas que analisámos no capítulo anterior. Por isso, apenas pretendemos analisar aqui a questão da separação de facto, situação

no capítulo anterior, aqui será de aplicar o regime da responsabilidade por dívidas do casal, dado permanecer o casamento. Mas porque cessa a comunhão de vida, a questão estará em saber se os pressupostos que permitem a responsabilidade comum de certas dívidas continuam a preencher-se ou se a separação de facto implica a sua não verificação. A nossa atenção centrar-se-á, por isso, no art. 1691.º, n.º 1, als. b), c) e d), e n.º 2¹⁶²⁵. O problema estará em saber se os conceitos legais de encargo normal da vida familiar e de proveito comum estão preenchidos no caso de separação de facto.

No caso das dívidas previstas no art. 1691.º, n.º 1, al. b), poderá, assim, questionar-se se será de aplicar o artigo havendo separação de facto entre os cônjuges. O que está na base da responsabilidade comum nestes casos é não só a comunhão de vida entre os cônjuges, mas a existência do próprio casamento com os respectivos deveres conjugais. Se se entende que é a vida em comum que justifica tal responsabilidade, com a separação de facto esta cessa e, com isso, deixa de haver tais dívidas comuns (e, assim, considerando não ser o vínculo matrimonial que está na sua base, mas a comunhão de vida, seria de aplicar idêntico regime à união de facto). Todavia, não é só a comunhão de vida que justifica essa responsabilidade. Parece-nos, na verdade, que é o casamento que faz surgir o dever dos cônjuges contribuírem para os encargos da vida familiar (arts. 1675.º e 1676.º) e, por isso, a responsabilidade daí decorrente será comum.

De facto, o art. 1675.º consagra o dever de assistência que compreende a obrigação de prestação de alimentos e a de contribuição para os encargos da vida familiar. A obrigação de prestação de alimentos apenas tem autonomia quando os cônjuges vivem separados, de direito ou de facto¹⁶²⁶. Se vivem juntos o dever de prestação de alimentos assume-se como dever de contribuição para os encargos da vida familiar (art. 1676.º), ou seja, cada um dos cônjuges está obrigado a concorrer, proporcionalmente aos seus rendimentos e à sua capacidade de trabalho, para a manutenção do trem de vida de ambos, para o sustento dos filhos e restantes encargos da vida familiar. Mas se estão

em que o casamento funciona plenamente, sem qualquer relaxamento ou dissolução do vínculo, cessando apenas de facto a relação conjugal.

¹⁶²⁵ De facto, as dívidas contraídas por ambos os cônjuges ou por um com o consentimento do outro (al. a) do n.º 1 do art. 1691.º), a existirem, são da responsabilidade comum, bem como as previstas na al. e) do mesmo n.º 1 e nos arts. 1693.º e 1694.º, que se relacionam com os próprios bens comuns e com o regime de bens do casamento, que a separação de facto não afecta.

¹⁶²⁶ Era discutido à luz do Cód. de Seabra se a mulher podia requerer alimentos do marido no caso de separação de facto, por abandono do marido ou se ela deixou o lar por culpa daquele, ou se era necessário divorciar-se ou separar-se para tal (v., Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, cit., vol. VI, pp. 773 e 774). O art. 393.º, § 2.º, do Cód. de Processo Civil de 1939, veio regular a questão no sentido de que a mulher podia pedir alimentos fundada no abandono ou desamparo por parte do marido (Pires de Lima/Braga da Cruz, *ob. cit.*, pp. 12 e 13).

separados de facto, ou de direito, os encargos da vida familiar podem já não existir e, por isso, obriga-se cada um dos cônjuges a prestar alimentos ao outro. E podem já não existir porque - consistindo tais encargos da vida familiar nas pequenas despesas, correspondentes ao padrão de vida do casal, definido na prática quotidiana do casal, e abrangendo todas as necessidades dos cônjuges, filhos ou de outros parentes ou afins a cargo dos cônjuges¹⁶²⁷ - deixa de existir vida em comum como até então. Ora, se deixa de existir tal dever enquanto contribuição para os encargos da vida familiar, e que está na base da responsabilidade comum das dívidas contraídas no seu cumprimento, deixa de ter justificação o regime do art. 1691.º, n.º 1, al. b). Em todo o caso, ainda que tal dever possa desaparecer como contribuição para os encargos da vida familiar, transforma-se no dever de prestar alimentos ao cônjuge, mantendo-se, nessa modalidade, o dever de assistência (como acontece também nos outros ordenamentos jurídicos – v., em especial, os §§ 1360.º e 1361.º do BGB). De facto, o dever de assistência mantém-se seja a separação de facto imputável ou não a um ou ambos os cônjuges (art. 1675.º, n.ºs 2 e 3), podendo apenas assumir contornos diferentes.

Se na separação de direito a existência de encargos da vida familiar comum dos cônjuges não tem justificação, na separação de facto o vínculo matrimonial não sofreu o relaxamento que ocorre naquela, podendo haver casos em que continue a existir uma contribuição para os encargos da vida familiar que não se resume a uma prestação alimentar. Ora, se tal acontecer, é também nesses casos que pode manter-se a responsabilidade comum das dívidas contraídas para ocorrer aos encargos da vida familiar. Ou seja, uma determinada dívida contraída por um dos cônjuges (apesar de apenas obrigado a uma prestação alimentar nos termos do art. 1675.º, n.º 2) para satisfação de encargos normais da vida familiar¹⁶²⁸ será comum, nos termos do art. 1691.º, n.º 1, al. b). Pode não existir vida em comum mas pode continuar a existir vida familiar e vínculo matrimonial. De igual modo, o art. 214.º do Cód. Civil francês, regulando o dever de contribuição para os encargos familiares, fala em *charges du mariage* e não do *ménage*, ou seja, enquanto se mantiver o casamento, mesmo sem existir já o lar conjugal, mantém-se tal dever. Em todo o caso, o art. 220.º do Cód. Civil francês, fixando a solidariedade pelas dívidas, refere “*l’entretien du ménage ou*

¹⁶²⁷ Jorge Duarte Pinheiro, *O núcleo intangível...*, cit., p. 72, e *Direito da Família...*, cit., pp. 157 e 158.

¹⁶²⁸ Repare-se que, como dissemos *supra*, estes encargos não são apenas as despesas no interesse dos cônjuges, mas também dos filhos ou outros parentes ou afins.

l'éducation des enfants” o que leva alguns autores¹⁶²⁹, a defender que não há dúvidas na manutenção da solidariedade no caso de separação de facto se estão em causa dívidas relativas à educação dos filhos, mas duvidam que se possa continuar a falar de “*entretien du ménage*”. A. Colomer afirma, por seu lado, que a dívida permanece “*ménagère*” enquanto subsistir o casamento, mesmo havendo separação de facto¹⁶³⁰.

A noção de encargos da vida familiar parece-nos mais lata que a mera relação entre os cônjuges (e as simples despesas domésticas, a que se referia a versão original do nosso Cód. Civil de 1966), podendo abranger, como já o dissemos, os encargos com todos os que vivam sujeitos às mesmas relações afectivas e económicas, mesmo que não sob o mesmo tecto (p. ex., se os filhos estão a estudar longe de casa). Com a separação de facto estas dívidas mantêm-se e, se de acordo com o padrão de vida familiar, são da responsabilidade comum.

Como sabemos as dívidas contraídas para ocorrer aos “encargos normais da vida familiar” são as pequenas dívidas, correspondentes ao padrão de vida do casal, definido na prática quotidiana, que qualquer cônjuge pode contrair, como as de alimentação, vestuário, médico e farmácia, etc. Havendo separação de facto, apesar de já não serem frequentes, pode acontecer, p. ex., que um dos cônjuges decida deixar o lar familiar, sem intenção de restabelecer a vida em comum, mas, sobretudo se o casal tem filhos, esse cônjuge mensalmente efectua as compras de mercearia para o outro e os filhos que se mantêm no lar, ou se decide comprar um electrodoméstico para substituição de um outro que avariou ou paga as despesas de água, luz e gás e de condomínio. Estas dívidas, mesmo havendo separação de facto e deixando de existir o dever de contribuição para os encargos normais da vida familiar, assumindo-se como uma prestação de alimentos, são dívidas comuns. Não faria sentido que pelas mesmas respondesse apenas o cônjuge que as contraiu ou em cujo nome se encontra o respectivo contrato de prestação de serviços. Como referem Pires de Lima e Antunes Varela, não obstante a separação de facto, imputável a um dos cônjuges, o casamento mantém-se e não seria justo que o cônjuge inocente ou menos culpado não fosse obrigado a contribuir para os encargos da vida familiar, como os relacionados com os filhos¹⁶³¹.

¹⁶²⁹ Como Goubeaux/Voirin, *ob. cit.*, p. 16.

¹⁶³⁰ A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, p. 48. E no mesmo sentido se pronuncia Cornu, *Les régimes matrimoniaux...*, *cit.*, p. 107, ao afirmar que os cônjuges separados de facto permanecem, em princípio, solidariamente responsáveis pelas dívidas domésticas. A manutenção da aplicação do art. 220.º do Cód. Civil francês no caso de separação de facto, e relativamente aos pagamentos devidos a uma empregada doméstica, é também referida por Jean Mouly, “Licenciement...”, *loc. cit.*, p. 2512.

¹⁶³¹ Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil...*, *cit.*, vol. IV, p. 266.

Também Cunha Gonçalves, à luz do Cód. de Seabra, e a propósito do dever da mulher em viver na mesma casa que o marido, referia que, nos casos em que seja justificável a mulher abandonar o domicílio conjugal, essa separação de facto apenas desliga os cônjuges do dever de coabitação, continuando os mesmos sujeitos a todos os demais deveres que resultam do casamento [de entre os quais o do marido contribuir para as despesas do governo doméstico (arts. 1184.º, 3.º, e 1185.º do Cód. de Seabra, e arts. 38.º e 39.º do Dec. n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910)]¹⁶³². “Enquanto o casamento não se rompe, o cônjuge, embora separado de facto, tem direito, não só aos alimentos ordinários, mas também às despesas extraordinárias, tais como tratamentos cirúrgicos indispensáveis para lhe salvar a existência ou lhe aliviar o sofrimento”¹⁶³³. Aliás, o projecto do Cód. Civil de 1966, previa, quanto à simples separação judicial de bens, no art. 6.º, que a mesma separação não exonerava nenhum dos cônjuges da obrigação de concorrer para as despesas da família¹⁶³⁴. O mesmo valeria, por maioria de razão, para a separação de facto, e as mesmas dívidas comunicar-se-iam.

Neste sentido, e indo mais longe, pronunciaram-se os ac. do STJ, de 22.05.1980 (*BMJ*, n.º 297.º, 1980, p. 261) e de 16.04.1998 (*Colect. Jurisp. (STJ)*, tomo II, 1998, p. 45), entendendo ambos que subsiste mesmo na separação de facto a obrigação de contribuição para as despesas domésticas, como dever distinto do de prestação de alimentos. Não se compreenderia, de facto, “que, tendo concorrido para a construção de um lar familiar, co-responsabilizando-se portanto pelas conseqüentes despesas da manutenção deste, qualquer dos cônjuges, pelo simples abandono dele, pudesse libertar-se do dever de contribuir para os encargos respectivos, descarregando a sua responsabilidade exclusivamente sobre o cônjuge que no mesmo lar se manteve”¹⁶³⁵. Contra, pronunciam-se Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira e Duarte Pinheiro considerando que não existe vida familiar no caso de separação de facto e, por isso, não tem sentido falar na obrigação de contribuição para os mesmos encargos¹⁶³⁶. No mesmo sentido, também M.^a Pilar Alvarez Olalla considera que não existindo convivência entre os cônjuges cai o fundamento da aplicação do regime jurídico relativo ao dever de contribuição, pelo que apenas existirá a partir da separação o direito de alimentos, uma

¹⁶³² Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, cit., vol. VI, p. 769.

¹⁶³³ Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, cit., vol. VI, p. 766.

¹⁶³⁴ Manuel Duarte Gomes da Silva/Fernando Pessoa Jorge, *loc. cit.*, p. 221.

¹⁶³⁵ Ac. do STJ, de 22.05.1980 (*loc. cit.*, p. 264).

¹⁶³⁶ Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 395, e Jorge Duarte Pinheiro, *Direito da Família...*, cit., pp. 155 e 156 e p. 266.

pensão compensatória ou a contribuição para o sustento dos filhos¹⁶³⁷. Consideramos que, mesmo não existindo mais o dever de contribuição para os encargos da vida familiar, pode manter-se esta contribuição e até contrair-se dívidas com vista a tais encargos (sobretudo se existirem filhos).

Portanto, não é por não haver comunhão de vida nem o dever de contribuição para os encargos da vida familiar que deixa de existir dever de assistência ou casamento. Estes mantêm-se e com eles a possibilidade de existirem dívidas contraídas para ocorrer aos encargos normais da vida familiar. Aceitar a responsabilidade comum no caso de separação de facto (seja no caso de dívidas relativas aos encargos da vida familiar ou em proveito comum) implica admitir que é o casamento como vínculo jurídico que está na base dessa responsabilidade e não a vida em comum. Por isso, a não aplicação, pelo menos directamente, dessa responsabilidade comum na união de facto (não há vínculo e é ele que está na base da regulamentação legal do regime da responsabilidade comum por essas dívidas)¹⁶³⁸.

Porém, e se é o casamento que justifica a existência dos deveres conjugais, como o de assistência, e a comunicabilidade das dívidas, o facto do casamento persistir com a separação de facto, não implica que todas as dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges sejam necessariamente comuns, por força do art. 1691.º, n.º 1, al. b), dependendo dos específicos contornos de cada caso em concreto. Só na apreciação de cada caso se consegue aferir se há ou não um encargo normal da vida familiar não obstante a separação de facto. Na verdade, e apesar de, à partida, se poder considerar que deixando de haver despesas comuns também não haverá responsabilidade comum, pode acontecer que, no caso concreto, isso ocorra. E esta solução não nos repugna sobretudo se atendermos à regulamentação geral assente na solidariedade dos cônjuges. De facto, o casamento surge como uma comunhão de solidariedade e de risco que só se dissolve com o divórcio ou a morte. Pense-se, p. ex., no pagamento de alimentos mesmo depois do divórcio ao cônjuge considerado único ou principal culpado que surge como consequência do vínculo formal do casamento e daquela solidariedade. Por outro lado, e

¹⁶³⁷ M.ª Pilar Alvarez Olalla, *ob. cit.*, pp. 62 e 63.

¹⁶³⁸ Jean Hauser/Danièle Huet-Weiller/Jacques Ghestin, *Traité de Droit Civil. La famille. Fondation et vie de la famille*, 2.ª ed., Paris, LGDJ, 1993, p. 771, referem, sem dúvidas, que a responsabilidade por tais dívidas decorre do vínculo do casamento e, por isso, a sua eventual aplicação no caso de separação de facto entre os cônjuges e não na união de facto, onde uma eventual responsabilidade só decorrerá da aparência criada face a terceiros. Flour/Champenois, *ob. cit.*, p. 57, dizem mesmo que o dever de colaboração não está ligado à coabitação mas ao dever de comunhão de vida, que se mantém na separação de facto. Sendo sempre, em qualquer situação, de atender às circunstâncias do caso.

por muito separados que os cônjuges vivam, continua a funcionar a presunção de paternidade, assente também no vínculo formal do casamento¹⁶³⁹.

Portanto, a possibilidade de haver responsabilidade comum pelas dívidas contraídas por um dos cônjuges separado de facto do outro não pode, à partida, ser afastada¹⁶⁴⁰. Até para protecção dos terceiros que com um dos cônjuges venham a contratar que, mantendo-se o casamento, confiam na solidariedade decorrente do regime da responsabilidade por dívidas entre os cônjuges previsto no art. 1691.º, n.º 1, al. b)¹⁶⁴¹. Tudo estará em saber se, no caso concreto, a dívida pode considerar-se um encargo da vida familiar ou se, face à separação de facto, passa a configurar-se como um encargo próprio de um dos cônjuges.

¹⁶³⁹ O mesmo vínculo formal estará na base da qualificação do crime de maus tratos ao cônjuge (violência doméstica), para efeitos do art. 152.º, n.º 1, al. a), do Cód. Penal. De facto, e mantendo-se o casamento, a lei penal apenas fala em cônjuge, não impondo expressamente a coabitação e convivência entre os cônjuges. Contra, v., Catarina Sá Gomes, *O crime de maus tratos físicos e psíquicos infligidos ao cônjuge ou ao convivente em condições análogas às dos cônjuges*, Lisboa, AAFDL, 2002, pp. 62-65, que considera que o cônjuge só necessita de protecção especial do art. 152.º, n.º 1, al. a), do Cód. Penal, quando a relação conjugal, para além do vínculo formal, assentar numa vivência familiar afectiva. Assim, não considera integrar crime público as ofensas psíquicas ou físicas simples quando praticadas sobre cônjuge separado de facto.

¹⁶⁴⁰ Tanto mais que, estando os cônjuges separados de facto, e além de se manterem também as regras de administração e disposição dos bens, poderá aplicar-se o art. 1679.º, permitindo-se a um dos cônjuges tomar as providências cujo retardamento possa causar prejuízos ao outro. Neste sentido, v., Antunes Varela, *Direito da Família*, cit., p. 340. Se um cônjuge pode assim actuar, pode também contrair dívidas que, não sendo em seu interesse exclusivo, devem ser comuns. Contra, v., o ac. da RP, de 18.05.1977 (*Col. Jurisp.*, tomo IV, 1977, p. 848), ao considerar ilegal a atribuição ao cônjuge alimentando, separado de facto do outro obrigado à prestação de alimentos, de importância destinada à liquidação de dívidas por ele contraídas anteriormente à acção de alimentos provisórios, e João Alcides de Almeida, “Dívidas incomunicáveis em razão de os cônjuges estarem separados de facto. Estipulação ilegal de juros em letras”, *Scientia Iuridica*, tomo XV, 1966, p. 496 (ainda que se pronuncie quanto à existência de proveito comum à luz do Cód. de Seabra, nega a sua existência no caso de separação de facto dos cônjuges que repartiram entre si os rendimentos familiares).

Havia quem, a propósito desta responsabilidade do cônjuge pelos negócios celebrados pelo outro após a separação do casal, defendesse a ideia de um “mandato aparente” para responsabilizar ambos os cônjuges, desde que o não conhecimento do comportamento do cônjuge devedor se deva ao facto de o outro não ter agido com o cuidado adequado. P. ex., Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, cit., vol. VI, p. 775, apontava para o mandato tácito da mulher a justificação para esta requerer alimentos do marido no decurso da separação de facto. Contra, Gernhuber/Coester-Waltjen, *ob. cit.*, § 19, IV, 10, p. 170, que afirma que a doutrina da “procuração aparente ou tolerada” raramente será aplicável no âmbito da responsabilização dos cônjuges separados de facto (situação em que o poder legal de vincular o outro cessa), uma vez que a actuação de um dos cônjuges em nome do outro não é uma situação característica, já que a actuação ao abrigo do § 1357.º do BGB é em nome próprio e não em nome de outrem. Na lei alemã, nos termos do § 1357.º, 2.º, do BGB, qualquer dos cônjuges pode deixar de estar vinculado aos actos do outro, e não há responsabilidade de ambos os cônjuges se estes viverem separados (§ 1357.º, 3.º, do BGB).

¹⁶⁴¹ M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, p. 16. Como referem Henri Mazeaud, *et alii*, *Leçons de Droit Civil. La famille*, cit., p. 834, os terceiros continuam a beneficiar da solidariedade legal, que decorre do art. 220.º do Cód. Civil francês, em relação à qual a separação de facto não produz quaisquer efeitos. Cornu, *Les régimes matrimoniaux...*, cit., p. 107, considera que a protecção aos terceiros de boa fé deve assegurar-se apenas no caso de a referida responsabilidade beneficiar o cônjuge abandonado, e normalmente com os filhos. A mesma ideia de protecção de terceiros que continuam a confiar na responsabilidade dos bens comuns é referida, a propósito do art. 1368.º do Cód. Civil espanhol, por C. Vásquez Iruzubieta, *Administración y liquidación...*, cit., p. 391.

Repare-se que também no caso das limitações à disposição da casa de morada da família (art. 1682.º-A), já se entendeu que estas só existem se tal continuar a ser casa de morada da família. Se deixou de o ser, em virtude da separação de facto ocorrida entre os cônjuges, não se justifica tal limitação, sobretudo se os cônjuges estão casados em regime de separação de bens¹⁶⁴². O que não pode significar, porém, que sempre que haja separação de facto deixe de aplicar-se o art. 1682.º-A. A casa de morada da família, para efeitos do art. 1682.º-A, manterá essa qualificação se for e enquanto for a residência da família, nos termos do art. 1673.º, ou seja, enquanto os cônjuges, embora separados de facto, continuarem a manter a sua residência da família naquela casa, enquanto não a alterarem, por acordo ou decisão do tribunal, para outro local¹⁶⁴³ ou mesmo se apenas um dos cônjuges nela se encontra a residir com os filhos.

Também no direito alemão, e quanto ao regime da *Zugewinnngemeinschaft*, alguns autores entendem que os §§ 1365.º a 1369.º do BGB, quanto às limitações ao poder de livre disposição dos cônjuges, continuam a aplicar-se no caso de separação de facto entre os cônjuges¹⁶⁴⁴.

¹⁶⁴² V., o ac. do STJ, de 10.05.1988 (*loc. cit.*). De facto, refere o acórdão que o interesse protegido no art. 1682.º-A, n.º 2, é não o da conservação do imóvel no património dos cônjuges, mas o da manutenção da residência da família. O que se visa evitar é que o cônjuge a quem pertence a casa de morada da família disponha dela, forçando o outro cônjuge a abandoná-la.

¹⁶⁴³ Pereira Coelho, “Anotação ao ac. do STJ, de 10 de Maio de 1988”, *RLJ*, ano 123.º, 1990/91, pp. 369-371, e Nuno de Salter Cid, *ob. cit.*, p. 153 (para quem a separação de facto não desqualifica por si uma habitação como casa de morada da família, sendo para tal necessário um acordo dos cônjuges nesse sentido). Com este entendimento também se pronunciou o ac. da RP, de 24.09.2001 (*loc. cit.*), ao afirmar que, mesmo havendo separação de facto, se um dos cônjuges continuar a habitar a casa o direito de habitação da casa e o direito de uso do recheio continuam a ser-lhe atribuídos, nos termos do art. 2103.º-A. V. também, Cornu, *Les régimes matrimoniaux...*, *cit.*, p. 115, a propósito do art. 215.º do Cód. Civil francês. Refere o autor, citando alguma jurisprudência, que o facto de haver separação de facto não implica por si o desaparecimento da qualidade de casa de morada da família e, em consequência, da sua protecção. Não pode, por isso, um dos cônjuges dispor livremente, sem o consentimento do outro, do imóvel qualificado como casa familiar. Rémy Cabrillac, *ob. cit.*, p. 36, considera que sempre existirá casa de morada da família se, ainda que separado de facto, um dos cônjuges vive lá com os filhos. No caso de não existirem filhos, a qualificação da casa como casa de morada da família pode permanecer dependendo da análise do caso, não se justificando a sua protecção se ambos os cônjuges alteraram a sua residência [v., Civ. 1.º, de 16 de Maio de 2000 (*RTDC*, n.º 2, 2001, p. 418, obs. B. Vareille – “Régimes matrimoniaux”)]. Neste sentido, v. também, Annie Lamboley/Marie-Hélène Laurens-Lamboley, *Droit des régimes matrimoniaux*, *cit.*, p. 21. Repare-se que podem sempre os cônjuges recorrer às medidas previstas no art. 220.º-1 do Cod. Civil francês, que já analisámos. No direito espanhol, Victorio Magariños Blanco, *ob. e loc. cit.*, pp. 202 e 203, aplica à separação de facto a regra do art. 96.º do Cód. Civil espanhol que, em caso de separação judicial, nulidade ou divórcio, exige o consentimento do cônjuge quando seja o não titular da casa a residir nela com os filhos.

¹⁶⁴⁴ Dölle, *ob. cit.*, p. 771 (para quem o § 1361.ºa do BGB é norma especial mas não contrária à aplicação do § 1369.º do BGB; apenas serão de excluir os bens que foram adquiridos não tendo em vista qualquer economia comum), A. Rieg, “La participation aux acquêts en Allemagne et en France...”, *ob. e loc. cit.*, p. 928, nota 21, Soergel-Lange § 1369 Rdn. 3, pp. 205 e 206, Dieter Giesen, *ob. cit.*, p. 146 (que apenas exclui da aplicação do § 1369.º do BGB os objectos que especificamente foram adquiridos tendo em vista a economia separada), Thomas Rauscher, *ob. cit.*, p. 228 (considera continuar a aplicar-se o § 1365.º do BGB, mas mais dificilmente, e face ao disposto no § 1361.ºa, o § 1369.º, ambos do BGB), Schröder/Bergschneider, *ob. cit.*, Rdn. 4.59, p. 147, Schwab, *ob. cit.*, pp. 117 e 118, e Palandt/Brudermüller, *ob. cit.*, § 1369.º, p. 1646. Contra, MünchKomm - *Gernhuber*, § 1369 Rdn.

A. Lopes Cardoso analisou a questão de um arrendamento para o cônjuge que disso tem necessidade, havendo separação de facto¹⁶⁴⁵. Entendeu o autor, ainda que chame a atenção para cada caso concreto, devendo o julgador analisar ponderadamente os factos, que o arrendamento, por necessidade, de uma habitação para o cônjuge separado de facto do outro (e o autor falava da mulher) morar, nomeadamente, com os seus filhos, também responsabiliza o outro (o marido) pelo pagamento da renda (acrescentando que tal só deveria acontecer, porém, nos casos em que a lei admitia que a mulher adoptasse residência própria que não a do marido – art. 1672.º do Cód. Civil de 1966). A solução apresentada ajustava-se à necessidade de protecção do cônjuge mais desfavorecido (normalmente, a mulher) que, em caso de separação de facto, e, muitas vezes, sem sustento e suporte económico próprio, não conseguia manter-se a si e, eventualmente, aos seus filhos.

Actualmente, dada a autonomia pessoal e patrimonial dos cônjuges, pode duvidar-se da responsabilidade comum dos cônjuges pela dívida da renda, no caso de separação de facto, pelo menos nos termos da al. b) do n.º 1 do art. 1691.º. Com efeito, a vida familiar como comunhão de vida não existe na separação de facto. Porém, a existência de uma família e as necessidades inerentes ao seu sustento mantêm-se. Por isso, será de manter essa responsabilidade comum, nos termos do art. 1691.º, n.º 1, al. b), mesmo havendo separação de facto, quando das circunstâncias do caso concreto tal possa concluir-se.

A jurisprudência francesa tem entendido, em matéria de arrendamento da casa de morada da família, que mantêm-se a solidariedade pelas rendas até à produção dos efeitos da sentença de divórcio face a terceiros (nem a residência separada, nem a separação de facto põem fim à solidariedade)¹⁶⁴⁶. Do mesmo modo, no âmbito do processo de divórcio, o marido é solidariamente responsável com a mulher pelo

23, p. 399 (que defende que o § 1369.º do BGB só tem aplicação enquanto existir vida em comum, não devendo exigir-se o consentimento dos cônjuges, o que só aumentará a tensão já existente entre os mesmos), e Martin Lipp, *ob. cit.*, p. 84 (para quem o § 1361.ºa do BGB surge como regra especial face ao § 1369.º do BGB, podendo cada um dos cônjuges dispor dos bens que integram o recheio da casa).

Pelo contrário, deixam de aplicar-se os §§ 1357.º, quanto ao poder de um cônjuge responsabilizar o outro pelas dívidas relativas aos encargos da vida familiar, e 1362.º, quanto às presunções de propriedade, ambos do BGB, podendo, no regime legal, proceder-se à partilha antecipada dos bens (§ 1385.º do BGB). V., Beitzke/Lüderitz, *ob. cit.*, p. 105, e Lüderitz/Dethloff, *ob. cit.*, p. 86. O mesmo se tem entendido em relação ao § 1370.º do BGB, que deixaria de ter aplicação no caso de separação de facto que termina com o dever de cooperação familiar (Gernhuber/Coester-Waltjen, *ob. cit.*, § 34, III, 3, p. 366). Contudo, alguns autores consideram que pode continuar a aplicar-se dado que os bens que integram o recheio da casa podem manter uma utilização semelhante à que acontece no decurso da vida em comum (Staudinger, *ob. cit.*, §§ 1363.º-1563.º, § 1370 Rdn. 20, pp. 140 e 141).

¹⁶⁴⁵ A. Lopes Cardoso, *A Administração dos Bens...*, *cit.*, pp. 215-219.

¹⁶⁴⁶ V., F. Terré/Ph. Simler, *ob. cit.*, pp. 64 e 65.

pagamento das rendas em virtude do arrendamento, concluído pelos cônjuges, da casa familiar, mesmo que tenha apresentado ao senhorio a autorização do outro para não responder¹⁶⁴⁷. O problema que pode colocar-se é o da delimitação da aplicação do regime da solidariedade no caso da separação de facto conduzir um dos cônjuges a arrendar uma outra casa. Quer a doutrina quer a jurisprudência variam. Uns recusam o carácter “*ménager*” de tal arrendamento, dado que se trata de um segundo arrendamento e o senhorio deverá informar-se do destino de tal arrendamento para beneficiar da solidariedade do art. 220.º do Cód. Civil francês. Outros entendem que o senhorio não tem por obrigação informar-se sobre o destino familiar do arrendamento e se se trata ou não de residência secundária. Obrigá-lo seria induzir os senhorios a exigir o concurso de ambos os cônjuges na assinatura do contrato de arrendamento, arruinando a disposição do § 1.º do art. 220.º do Cód. Civil francês. Por isso, seria de manter a solidariedade também nestes arrendamentos¹⁶⁴⁸.

Na verdade, também no ordenamento jurídico francês, o dever de contribuição para os encargos do casamento (art. 214.º do Cód. Civil francês) está intimamente ligado ao casamento e a separação de facto não o faz, em princípio, cessar¹⁶⁴⁹. Tal dever permanece atendendo ao nível de vida do casal e não tanto às necessidades de um dos

¹⁶⁴⁷ A autorização dada por um só dos cônjuges não afasta a solidariedade. V., M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, p. 16.

¹⁶⁴⁸ A jurisprudência tem decisões contraditórias. Com efeito, p. ex., a *Cour de Cassation* [Cass. 1.º civ., de 15 de Novembro de 1994 (*RTDC*, ano 94.º, n.º 2, 1995, p. 421, obs. B. Vareille)], entendeu que a dívida resultante da subscrição do contrato com a companhia de telefones pela mulher, no decurso da separação de facto, apenas a responsabiliza a ela pois foi no seu interesse exclusivo que a contratou. Também a decisão de Soc., de 8 de Junho de 2005 (*RTDC*, n.º 4, 2005, cfr. p. 817), entendeu que o pagamento a empregada doméstica, no decurso de separação de facto dos cônjuges, seria afastado da solidariedade do art. 220.º do Cód. Civil francês, se se entendesse que o contrato em causa não visava a satisfação de encargos da vida familiar mas sim interesses exclusivos de um dos cônjuges (a mulher, no caso). V. também, Civ. 1.º, de 7 de Novembro de 1995 (*RTDC*, ano 95.º, n.º 1, 1996, p. 225, obs. Vareille – “*Régimes matrimoniaux*”), que admitiu que o local arrendado por um dos cônjuges para a residência do outro e dos filhos pode considerar-se destinado ao sustento do lar, não afastando a separação de facto a solidariedade da dívida. Analisando esta decisão, A. Bénabent, “*La charge des loyers d’un logement occupé par un seul des époux*”, *Droit & Patrimoine*, n.º 34, 1996, p. 72, critica o facto de o tribunal, responsabilizando ambos os cônjuges pela dívida face ao credor, imputar ao cônjuge que se encontra na casa arrendada a responsabilidade pela dívida nas relações entre os cônjuges por ser ele a utilizar a mesma casa. A. Ponsard, “*L’étendue de la solidarité ménagère...*”, *ob. e loc. cit.*, pp. 27 e 28, refere duas decisões em que se considera que, no caso de separação de facto, a consideração do novo arrendamento realizado por um dos cônjuges como incluindo uma despesa nos termos do art. 220.º do Cód. Civil francês, depende da existência de filhos que vivam com esse cônjuge.

¹⁶⁴⁹ Se um dos cônjuges deixar, porém, de o cumprir no decurso da separação de facto (p. ex., se um dos cônjuges abandona o lar conjugal), pode o outro exigir uma pensão alimentar, mesmo que disponha dos seus rendimentos (Henri Mazeaud, *et alii*, *Leçons de Droit Civil. La famille*, *cit.*, pp. 832 e 833, Goubeaux/Voirin, *ob. cit.*, p. 18, e A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, p. 58). Apesar disso, este dever do art. 214.º do Cód. Civil francês, mesmo na separação de facto, não se resume a uma mera pensão alimentar (art. 212.º do Cod. Civil francês) - V., Annie Lamboley/Marie-Hélène Laurens-Lamboley, *Travaux dirigés...*, *cit.*, p. 40. Contra, M. Delmas-Marty, *Le Droit de la Famille*, Paris, Puf, 1972, pp. 85 e 96, ao dizer que se os cônjuges vivem separados, o dever de assistência reveste uma forma pecuniária (pensão de alimentos) e confunde-se com o dever de auxílio (tal solução decorre como vimos dos arts. 1675.º e 1676.º do nosso Cód. Civil).

cônjuges¹⁶⁵⁰. Contudo, pode, no caso concreto, atender-se às circunstâncias da separação para desonerar um dos cônjuges, eventualmente a vítima, do dever de contribuição (como também dispõe o nosso art. 1675.º, n.º 3)¹⁶⁵¹.

Em consequência, as dívidas previstas no art. 220.º do Cód. Civil francês permanecem “*ménagères*” (e por elas respondem solidariamente os cônjuges) enquanto o casamento existe, ou seja, não releva, em princípio, que os cônjuges estejam em processo de divórcio ou de separação de pessoas ou apenas separados de facto. Com mais razão se tem entendido o mesmo se um dos cônjuges, com o qual continuam os filhos a viver, foi abandonado pelo outro¹⁶⁵².

No Cód. Civil francês anterior, de acordo com a opinião de certos autores, a separação de facto fazia cessar o mandato tácito conferido à mulher pelo marido – e que dependia da vida em comum¹⁶⁵³. A jurisprudência admitia, porém, a manutenção do

¹⁶⁵⁰ Jean Hauser/Danièle Huet-Weiller/Jacques Ghestin, *ob. cit.*, p. 791.

¹⁶⁵¹ V., as decisões jurisprudenciais citadas por Roger Nerson, *loc. cit.*, pp. 346-349, e Cornu, *Les régimes matrimoniaux...*, *cit.*, p. 110. Pense-se o caso de um dos cônjuges, violando culposamente o dever de coabitação, abandonar o lar, exigindo ao outro o cumprimento da sua contribuição (Jean Hauser/Danièle Huet-Weiller/Jacques Ghestin, *ob. cit.*, pp. 792 e 793, fazendo um paralelo com a cessação da obrigação de alimentos, prevista no art. 207.º, 2.º, do Cód. Civil francês, e com o próprio divórcio).

¹⁶⁵² V., A. Colomer, *Droit Civil...*, *cit.*, p. 48 e, com uma análise jurisprudencial, nota 18. Goubeaux/Voirin, *ob. cit.*, p. 16, referem, como já dissemos, que não há dúvidas na manutenção da solidariedade no caso de separação de facto se estão em causa dívidas relativas à educação dos filhos, mas duvidam que se possa continuar a falar de “*entretien du ménage*”. Alain Bénabent, *Droit civil. La famille*, 9.ª ed., Paris, Litec, 1998, p. 157, afasta mesmo a solidariedade se não existir vida em comum e não existirem filhos. Por sua vez, Carbonnier, *Droit Civil. La famille...*, *cit.*, pp. 640 e 641, entende que a solidariedade por essas dívidas permanece e que o lar pode ser constituído por uma só pessoa. Por isso, a existência de anúncios em jornais onde o marido declara que não se obriga pelas dívidas contraídas pela mulher não parece afastar o regime de art. 220.º do Cod. Civil francês que é de ordem pública (além de ser duvidosa a publicidade no sentido de chegar ao conhecimento de terceiros). O que pode acontecer é uma certa atenuação do princípio, desde que se determine que a dívida não teve como objecto o sustento do lar. No mesmo sentido, B. Vareille, “*Régimes matrimoniaux*”, *RTDC*, ano 94.º, n.º 2, 1995, p. 421, que defende que a separação de facto não põe fim à solidariedade “*ménagère*”.

¹⁶⁵³ Assim, Planiol/Ripert, *Traité élémentaire...*, *cit.*, p. 276, entendiam que não se tratava já de um mandato (que apenas se compreendia havendo vida em comum), mas de uma autorização tácita do marido separado de facto para a mulher contrair essas dívidas, permitindo, assim, que esta as continuasse a contrair. Em sentido contrário, Beudant, *ob. cit.*, pp. 325 e 326, ao considerar que a separação de facto não implicava uma revogação tácita do mandato, dado que o dever de sustento da mulher pelo marido permanecia enquanto durasse o casamento. Além disso, a presunção de existência de um mandato no caso de separação de facto é justificada até pela maior necessidade da mulher para assim ocorrer aos gastos domésticos. Por isso, e contra a aplicação das regras gerais do mandato, o poder da mulher obrigar o marido e a comunhão pode subsistir mesmo existindo separação de facto e apesar da revogação do mandato pelo marido, desde que a mulher careça disso para o seu sustento. Carbonnier, *Droit Civil. La famille...*, *cit.*, p. 646, entende que mesmo na altura em que a responsabilidade por estas dívidas assentava na ideia do mandato, este deveria resistir à separação de facto.

Lacruz Berdejo, *La potestad doméstica...*, *cit.*, pp. 43-50 e 176 e 177, refere que, à luz do direito espanhol anterior, onde a mulher detinha um mandato tácito do marido para contrair as dívidas relativas ao domínio doméstico, era de admitir que, em certos casos de separação de facto, tal poder manter-se-ia, ampliando-se mesmo o seu âmbito a todo o governo do lar.

À luz do nosso Cód. Civil de 1966, o art. 1677.º regulava a obrigação de contribuição para as despesas domésticas que, no caso de casamento celebrado no regime supletivo de comunhão, que seria a generalidade dos casos, traduzia-se na obrigação do marido de dar à mulher, dos rendimentos comuns que ele administrava, o necessário para as despesas domésticas correspondentes à

mandato, ainda que frequentemente utilizasse a expressão mandato e autorização como sinónimas¹⁶⁵⁴.

Também no ordenamento jurídico italiano, a separação de facto não faz terminar o dever de contribuição previsto no art. 143.º, 3.º, do Cód. Civil italiano¹⁶⁵⁵, ao qual se ligam as dívidas contraídas no interesse familiar (art. 186.º, al. c), do Cód. Civil italiano)¹⁶⁵⁶. Na verdade, a separação de facto não modifica as relações pessoais e patrimoniais entre os cônjuges e, por isso, não influi também nas relações com terceiros¹⁶⁵⁷. Daí que se mantenha a possibilidade de haver dívidas contraídas para o

condição económica e social da família. E tal dever mantinha-se na separação de facto, tal como sucedia à luz do Cód. Civil de 1867, relativamente à obrigação de contribuição para as despesas domésticas, como vimos *supra* (arts. 1184.º, 3.º, e 1185.º, e arts. 38.º e 39.º do Dec. n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910).

Por seu lado, também o BGB originário não previa no § 1357.º a exclusão do poder das chaves no caso de separação de facto como faz actualmente (Planck, *ob. cit.*, p. 85). Defendendo também a manutenção do poder das chaves da mulher, enquanto direito seu, no caso de separação de facto, v., Dölle, *ob. cit.*, pp. 698 e 699 e p. 722. Distinguiu, no entanto, o autor entre o direito e o exercício do poder das chaves: o direito pressupunha a mulher enquanto cônjuge; o exercício exigiria a comunhão de vida. Por isso, cessando esta comunhão de vida com a separação de facto, mantinha-se o direito mas caía o seu exercício. H. Dernburg, *ob. cit.*, p. 107, entendia que o poder das chaves podia manter-se no caso de separação de facto, mas não se era a mulher que deixava o lar com ou sem razão justificativa para tal.

¹⁶⁵⁴ P. ex., o Cass. Civ. 2.ª, de 11 de Abril de 1964 (JCP 1964.II.13747), decidiu que a mulher podia arrendar um local para passar a residir, com fundamento na capacidade conferida pelo mandato doméstico, no caso de separação de facto. Isto salvo se o marido lhe retirasse tal poder e disso os terceiros tomassem conhecimento.

Por seu lado, no ordenamento jurídico belga, Léon Raucent, *Droit patrimonial de la famille...*, *cit.*, n.ºs 134 e 393, considera que as dívidas relativas ao sustento do lar e educação dos filhos contraídas por um cônjuge separado de facto não são solidárias, como dispõe o art. 222.º do Cód. Civil belga, substituindo o art. 221.º, 2.º, do Cód. Civil belga, o regime da solidariedade pelo da “*délégation de sommes*”. Ou seja, traduzindo-se o dever de contribuição numa prestação efectuada pelos rendimentos de um dos cônjuges, a dívida contraída por qualquer um dos cônjuges deixa de ser solidária. Porém, e como dispõe o mesmo art. 221.º, 2.º, do Cód. Civil belga, esta situação não pode opor-se a terceiros de boa fé que contrataram na ignorância da separação (Laurent Voisin, “Les charges du ménage dans les relations entre “conjoints” et à l’égard des tiers”, in AAVV, *Différenciation ou convergence...*, *ob. cit.*, p. 156).

¹⁶⁵⁵ Ainda que, tal como no nosso ordenamento jurídico, possa sofrer uma certa modificação no caso de separação de facto injustificada (art. 146.º do Cód. Civil italiano). Repare-se que neste caso mantém-se a obrigação prevista no art. 143.º, 3.º, do Cód. Civil italiano, e o dever de sustento dos filhos (art. 147.º do Cód. Civil italiano), conforme dispõe o mesmo art. 146.º, 3.º, do Cód. Civil italiano. V., P. Zatti, “I diritto e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi. La separazione personale”, in AAVV, *Trattato di diritto privato...*, *cit.*, sob a direcção de Pietro Rescigno, p. 126. Franco Angeloni, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, Cedam, 1997, p. 129, afirma que tal dever permanece se existirem filhos e desde que se possa falar em “*bisogni della famiglia*”. Caso contrário, permanece sempre o dever de sustento (alimentos) e de mantimento dos filhos.

¹⁶⁵⁶ Santosuosso, *Commentario del Codice Civile. Delle persone e della famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia*, *cit.*, p. 277, e Beni ed attività economica..., *cit.*, p. 164, Patrizia di Martino, *ob. e loc. cit.*, p. 217, L. Bruscutiglia, “La responsabilità patrimoniale...”, *ob. e loc. cit.*, p. 333, e A. Galasso, *ob. cit.*, pp. 407 e 408.

¹⁶⁵⁷ Santoro-Passarelli, “Poteri e responsabilità patrimoniale...”, *loc. cit.*, p. 16.

Mesmo Schlesinger, *ob. e loc. cit.*, sob a direcção de Carraro/Oppo/Trabucchi, p. 442, que, a propósito das causas de dissolução do casamento, defendeu que também a separação de facto deveria cessar os efeitos da comunhão legal entre os cônjuges, entendida não ser tal oponível a terceiros, entre os quais os credores, exigindo-se um sistema de publicidade. V., Mastropaolo/Pitter, *ob. e loc. cit.*, pp. 310-312, M. Finocchiaro, “Del regime patrimoniale della famiglia”, in AAVV, *Nuova rassegna di giurisprudenza...*, *cit.*, sob a direcção de Cesare Ruperto/Vittorio Sgroi, p. 1420, L. Barbiera, *ob. e loc. cit.*, p. 585 [que expressamente afirma que a

sustento familiar nos termos do art. 186.º, al. c), do Cód. Civil italiano, desde que efectivamente possam considerar-se tais dívidas como contraídas “*nell’interesse della famiglia*”, no caso concreto. A separação de facto não produz os efeitos que tem a dissolução do casamento e, por isso, mantém-se o regime de bens vigente¹⁶⁵⁸.

No ordenamento jurídico espanhol, o art. 1368.º do Cód. Civil espanhol prevê o caso de haver separação de facto entre os cônjuges. Dispõe o artigo que neste caso também respondem os bens comuns pelas dívidas contraídas por um dos cônjuges “*para atender a los gastos de sostenimiento, previsión y educación de los hijos que estén a cargo de la sociedad de gananciales*”. Para a compreensão deste preceito deve remeter-se para o art. 1362.º do Cód. Civil espanhol, ou seja, tais gastos são da responsabilidade comum no caso de filhos comuns; no caso de filhos de um dos cônjuges tal só acontece se esses filhos viverem no lar familiar o que, havendo separação de facto, não acontece. Por isso, o art. 1368.º do Cód. Civil espanhol só se refere aos filhos comuns. Apesar de o art. 1368.º do Cód. Civil espanhol falar em “*sostenimiento de los hijos*” e não de “*sostenimiento de la familia*”, como o art. 1362.º, 1.º, do Cód. Civil espanhol, a jurisprudência tem entendido que, havendo separação de facto, o cônjuge necessitado pode requerer alimentos ao outro (semelhante à conversão da obrigação de contribuição para os encargos da vida familiar na obrigação de prestação de alimentos no nosso direito)¹⁶⁵⁹. Tratar-se-á, portanto, das dívidas contraídas por qualquer um dos cônjuges para ocorrer a tais fins e não apenas pelo cônjuge que tem os filhos a seu cargo¹⁶⁶⁰.

Tem-se entendido que, por si só, a norma é inútil, pois a comunhão não desaparece com a simples separação de facto. É, contudo, útil para o tráfego jurídico, na medida em que favorece a posição do cônjuge que suporta tais encargos, dado que os credores sabem que podem contar com o património comum, apesar da situação anormal da vida matrimonial¹⁶⁶¹. Respondem por estas dívidas os bens comuns e solidariamente os bens

separação de facto é inoponível aos credores que gozam de um tratamento privilegiado atendendo ao art. 186.º, al. c), do Cód. Civil italiano (entendimento que foi defendido pelo Tribunal de Milão, conforme transcreve A. Fusaro, *ob. cit.*, pp. 527-530)], e L. Brusculgia, “La responsabilità patrimoniale...”, *ob. e loc. cit.*, p. 387.

¹⁶⁵⁸ C. M. Bianca, *ob. cit.*, pp. 177 e 178, Mastropaolo/Pitter, *ob. e loc. cit.*, p. 312, e D. Scaletta, “Lo scioglimento della comunione legale dei coniugi”, in AAVV, *Manuale del nuovo Diritto di Famiglia*, *cit.*, sob a direcção de G. Cassano, p. 681.

¹⁶⁵⁹ Abelló Margalef, *loc. cit.*, p. 808. Contra, v., María Jesús Monfort Ferrero, *ob. cit.*, p. 121, que considera que o art. 1368.º do Cód. Civil espanhol apenas abange as dívidas em relação aos filhos.

¹⁶⁶⁰ Contra, Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida, *et alii*, *Elementos de Derecho Civil. Familia*, *cit.*, p. 209, que entendem que são apenas as dívidas contraídas pelo cônjuge que vive com os filhos.

¹⁶⁶¹ J. Fernández Villa, *loc. cit.*, p. 668, L. Díez-Picazo/A. Gullón, *ob. cit.*, p. 178, e C. Saiz García, *ob. cit.*, pp. 67 e 68. Sobre a desnecessidade do art. 1368.º do Cód. Civil espanhol, v., Tomás Giménez Duarte, *loc. cit.*, p. 551, M. A. Rueda Pérez/J. M. Rueda Pérez, *loc. cit.*, pp. 579 e 580, e Carlos Lasarte, *ob. cit.*, p. 238.

próprios do cônjuge que as contraiu. Entende-se também, dado tratar-se de uma dívida prevista no art. 1319.º do Cód. Civil espanhol, além de resultar dos deveres paternais (art. 154.º do Cód. Civil espanhol), que o outro cônjuge responde com os seus bens próprios a título subsidiário¹⁶⁶².

Alguns autores consideram que o art. 1368.º do Cód. Civil espanhol não pode ser visto como uma exceção ao art. 1365.º do mesmo código, dado que a separação de facto não deve ter efeitos face a terceiros credores, mas apenas vem reforçar a ideia de que também no decurso de uma separação de facto aquela responsabilidade se mantém¹⁶⁶³. O próprio art. 1368.º do Cód. Civil espanhol parte do entendimento de que a comunhão de bens se mantém. Sendo assim, será também de continuar a aplicar os arts. 1362.º e 1365.º do Cód. Civil espanhol, sob pena de poder afectar-se interesses de terceiros credores que confiam na existência de casamento e na responsabilidade dos bens comuns. Por isso, o art. 1368.º do Cód. Civil espanhol não é uma exceção às outras normas mas apenas vem afirmar, para que não haja dúvidas, que também na separação de facto as dívidas contraídas por um dos cônjuges para satisfação das necessidades dos filhos responsabilizam os bens comuns.

Em todo o caso, a existência do art. 1368.º do Cód. Civil espanhol e de uma especial regulamentação para essas dívidas na separação de facto, implica que alguns autores entendam que as normas do regime da responsabilidade por dívidas sofrem uma alteração, nomeadamente, a responsabilidade patrimonial a que se refere o art. 1319.º do Cód. Civil espanhol¹⁶⁶⁴.

Além disso, e como defende M.^a Pilar Alvarez Olalla, *ob. cit.*, p. 168, deixando de aplicar-se o art. 1319.º do Cód. Civil espanhol no caso de separação de facto, a utilidade do art. 1368.º do Cód. Civil espanhol estará precisamente no facto de responsabilizar o património comum pelas referidas dívidas mesmo na separação de facto.

¹⁶⁶² M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, p. 1714. Também Mata Pallares, *loc. cit.*, p. 342, considera que deve continuar a manter-se a responsabilidade prevista no art. 1319.º do Cód. Civil espanhol, incluindo dos bens próprios do cônjuge não contraente, sobretudo se estão em causa dívidas relativas aos filhos comuns, pois tal resulta dos deveres parentais. Contra, pronuncia-se Luis Martínez-Calcerrada Gómez, “Comentario al art. 1319”, in AAVV, *Comentario del Código Civil*, sob a direcção de Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, tomo 7, Barcelona, Bosch, 2000, p. 22, ao afirmar que o regime das dívidas do art. 1319.º do Cód. Civil espanhol pressupõe a existência de comunhão de vida, que não existe na separação de facto e, por isso, admite a suspensão do referido regime.

¹⁶⁶³ Tomás Giménez Duart, *loc. cit.*, p. 551, e M. Amorós Guardiola, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 1710 e 1711.

¹⁶⁶⁴ De referir ainda que a jurisprudência tem entendido, tratando-se do regime de comunhão legal, que depois da separação deixam de existir bens comuns, pois quebra-se o fundamento desse regime assente na convivência dos cônjuges (v., José Carlos Sánchez González, “La sociedad de gananciales...”, in AAVV, *Instituciones de derecho privado...*, *cit.*, p. 209). Admitem, aliás, alguns autores a dissolução da comunhão (art. 1393.º, 3.º, do Cód. Civil espanhol) por separação de facto, sem decisão judicial (ainda que a produção de efeitos dessa dissolução desta dependa – art. 1394.º do Cód. Civil espanhol) (L. Díez-Picazo/A. Gullón, *ob. cit.*, pp. 110 e 198).

Por isso, e quanto ao art. 1319.º do Cód. Civil espanhol, certos autores, como M.^a Pilar Alvarez Olalla ou J. Martínez Cortés entendem haver uma relação directa entre comunidade de vida e “*potestad domestica*”, pelo que consideram que esta deixa de ter fundamento numa situação de separação de facto¹⁶⁶⁵. Considera a autora citada que o art. 1368.º do Cód. Civil espanhol regula especialmente a responsabilidade dos bens comuns (e já não dos bens próprios do cônjuge que não contraiu a dívida) para os gastos relativos ao sustento dos filhos precisamente porque já não têm aplicação os arts. 1319.º e 1365.º do mesmo código, “*al haberse extinguido la potestad doméstica*”. Se o fundamento da regra da responsabilidade do art. 1319.º do Cód. Civil espanhol é a utilização e aproveitamento comuns usufruídos pelos cônjuges relativos à dívida, esse proveito comum não é possível em situações de ruptura da convivência comum e, por isso, o seu afastamento na separação de facto.

María Jesús Monfort Ferrero entende que, em princípio, o art. 1319.º do Cód. Civil espanhol seria de aplicação às situações de separação de facto, dado que o art. 102.º do mesmo código, relativo à separação, divórcio ou nulidade do casamento (fazendo cessar essa contribuição para as necessidades ordinárias da família, nos termos do art. 1319.º do Cód. Civil espanhol) não refere a separação de facto¹⁶⁶⁶. Porém, face a uma separação de facto definitiva, desaparecendo a comunhão de vida deixa de ter sentido a *potestad doméstica*. Por outro lado, a razão de ser do art. 1319.º, 2.º, do Cód. Civil espanhol, é a protecção de terceiros que confiam na aparente legitimação de cada um dos cônjuges para atender às necessidades ordinárias da família. Ora, a separação de facto, definitiva e conhecida por terceiros, destrói essa aparência, pelo que não será necessária a protecção de terceiros. Diferente será se, apesar da separação de facto, os cônjuges continuam a viver na mesma casa (art. 87.º do Cód. Civil espanhol). Não há aqui a aparência de separação, pelo que continuará justificada a protecção do terceiro, pela aplicação do art. 1319.º, 2.º, do Cód. Civil espanhol¹⁶⁶⁷. Mas isto só se justificaria

¹⁶⁶⁵ M.^a Pilar Alvarez Olalla, *ob. cit.*, pp. 168 e 169, e J. Martínez Cortés, *ob. e loc. cit.*, p. 339. No regime de separação, admite aquela autora, todavia, a possibilidade de, relativamente a gastos urgentes com os filhos comuns, se defender uma solução semelhante à prevista no art. 1368.º do Cód. Civil espanhol no regime de comunhão, por força do art. 156.º, 3.º, do Cód. Civil espanhol.

¹⁶⁶⁶ María Jesús Monfort Ferrero, *ob. cit.*, pp. 58 e 59.

¹⁶⁶⁷ Repare-se que é a protecção de terceiros que implica a presunção prevista no art. 1442.º do Cód. Civil espanhol em sede de regime de separação de bens. O objectivo da norma é o de evitar a fraude aos credores que, contudo, o legislador considerou ser de afastar em momentos de crise da vida conjugal, como no caso da separação de facto. A lei exclui expressamente a presunção no caso de separação de facto, mas não o faz no caso de dívidas para ocorrer aos encargos da vida familiar e a única referência à separação de facto é no regime de comunhão legal no art. 1368.º do Cód. Civil espanhol.

no regime de separação, pois no de comunhão rege expressamente o art. 1368.º do Cód. Civil espanhol, que permite a manutenção do poder doméstico e a responsabilidade pelas dívidas daí decorrentes mesmo havendo separação de facto. Além disso, o art. 1368.º do Cód. Civil espanhol amplia a responsabilidade dos bens comuns a todas as dívidas relativas ao sustento e educação dos filhos, sejam ordinárias ou extraordinárias, excedendo o âmbito do art. 1319.º do Cód. Civil espanhol (mas restringe a responsabilidade do cônjuge que não contrai a dívida).

Também J. Fernández Villa considera que o poder doméstico continua a existir no caso de separação de facto, mas já não se limita aos gastos a que se refere o art. 1319.º do Cód. Civil espanhol mas amplia-se ao conceito de “*cargas del matrimonio*” do art. 1362.º, 1.º, do mesmo código¹⁶⁶⁸. É aquilo a que o autor chama de *potestad domestica* extraordinária ou em caso de separação de facto.

Abelló Margalef aborda a regulamentação a dar às dívidas contraídas por um dos cônjuges, separado de facto, sem terem o destino previsto no art. 1368.º do Cód. Civil espanhol¹⁶⁶⁹. Dado que não há meio registal que publique a separação de facto, desconhecendo-a muitas vezes os credores que esperariam executar os bens comuns, admite o autor que os credores possam executar os bens comuns, sem prejuízo das devidas compensações no momento da dissolução e liquidação da comunhão¹⁶⁷⁰. Tal como considera que os bens adquiridos depois da separação pelo cônjuge contratante a este pertencem exclusivamente, também as dívidas o devem responsabilizar a título definitivo. Outra solução seria admitir que respondendo os bens comuns por tais dívidas não haveria depois qualquer compensação no momento da liquidação, participando também ambos os cônjuges nos bens adquiridos depois da separação. Porém, o art. 1368.º do Cód. Civil espanhol limita a responsabilidade definitiva dos bens comuns às dívidas aí reguladas, sob pena de, admitindo-se a segunda solução, o preceito não ter sentido (chegando-se a tal solução por força do art. 1365.º do Cód. Civil espanhol). Além disso, a actuação de um só dos cônjuges, separado de facto, pode prejudicar o património comum se, no momento da liquidação, não vier a responder com o seu património próprio.

A maioria da doutrina espanhola considera, todavia, e quanto às restantes dívidas contraídas que não estejam incluídas no art. 1368.º do Cód. Civil espanhol, que se

¹⁶⁶⁸ J. Fernández Villa, *loc. cit.*, p. 671.

¹⁶⁶⁹ Abelló Margalef, *loc. cit.*, p. 809.

¹⁶⁷⁰ Admitindo também estes reembolsos nas relações internas, v., M. Amorós Guardiola, *et alii, ob. cit.*, pp. 1711 e 1712.

mantém o regime da comunhão de bens, ou seja, respondem os bens comuns pelas dívidas previstas nos arts. 1362.º e 1365.º do Cód. Civil espanhol e, no que aqui importa, relativamente às dívidas contraídas no exercício do poder doméstico, para sustento dos filhos ou não, os bens comuns respondem a título definitivo (art. 1362.º, 1.º, do Cód. Civil espanhol), sem qualquer compensação¹⁶⁷¹.

Em todo o caso, a não aplicação do art. 1319.º do Cód. Civil espanhol apenas afasta a responsabilidade dos bens próprios do cônjuge não devedor, pois se se trata do regime de comunhão legal, os bens comuns e solidariamente os bens próprios do cônjuge que contraiu a dívida respondem nos termos do art. 1368.º do mesmo código. Porém, no regime de separação, o afastamento do art. 1319.º do Cód. Civil espanhol implica que por essas dívidas passe a responder apenas o cônjuge que as contraiu, o que, a nosso ver, poderá ser injusto não só para o outro cônjuge que poderá beneficiar da contracção da dívida, como para o terceiro que confia na existência do casamento não obstante a separação de facto¹⁶⁷².

No ordenamento jurídico alemão, o § 1357.º, 3.º, do BGB, determina que a atribuição do poder de celebrar negócios com eficácia para o outro cônjuge não vale no caso de os cônjuges viverem separados (separação aferida nos termos do § 1567.º do BGB). Ou seja, havendo separação de facto os negócios celebrados por um dos cônjuges para a satisfação dos encargos familiares deixam de obrigar o outro. Vigora, assim, nesses casos o § 1361.º do BGB, fixando a obrigação de alimentos¹⁶⁷³. O § 1361.º do BGB regula especificamente a situação da separação de facto no que se refere à obrigação de contribuição dos cônjuges (*Unterhalt bei Getrenntleben*), fixando que vivendo os cônjuges separados, qualquer um deles pode exigir do outro uma prestação de alimentos de acordo com as condições de vida e a situação patrimonial e profissional dos cônjuges¹⁶⁷⁴. Entende-se que desaparece com a separação de facto os encargos com a

¹⁶⁷¹ V., María Jesús Monfort Ferrero, *ob. cit.*, p. 119.

¹⁶⁷² Daí também a solução prevista por María Jesús Monfort Ferrero, *ob. cit.*, pp. 58 e 59, referida *supra*, de continuação da aplicação do art. 1319.º do Cód. Civil espanhol quando terceiros credores não sabem da separação de facto.

¹⁶⁷³ Enquanto o § 1360.º do BGB regula a contribuição para os encargos da vida familiar (*Verpflichtung zum Familienunterhalt*) no decurso da vida matrimonial em comum, em ligação com o dever imposto pelo § 1353.º do BGB.

Para uma análise do § 1361.º do BGB, v., Dölle, *ob. cit.*, pp. 436-440, Beitzke/Lüderitz, *ob. cit.*, pp. 100-105, e Lüderitz/Dethloff, *ob. cit.*, pp. 79-86, MünchKomm - Wacke, § 1361 Rdn. 1-50, pp. 278-297, Staudinger, *ob. cit.*, §§ 1303.º-1363.º, § 1361 Rdn. 1-271, pp. 665-749, Gernhuber/Coester-Waltjen, *ob. cit.*, § 21, II, 1-10, pp. 196-203, e Palandt/Brudermüller, *ob. cit.*, § 1361.º, pp. 1611-1623.

¹⁶⁷⁴ V., MünchKomm - Wacke, § 1361 Rdn. 5, pp. 279 e 280, Gernhuber/Coester-Waltjen, *ob. cit.*, § 21, II, 3, pp. 197 e 198, e Palandt/Brudermüller, *ob. cit.*, § 1361.º, p. 1622.

vida familiar, mas mantém-se o dever de sustento da família, já não a cargo de ambos os cônjuges, mas imposto a título de prestação mensal a favor do cônjuge que carece de recursos económicos e não pode trabalhar¹⁶⁷⁵. Repare-se que a obrigação de prestação de alimentos na separação de facto é regulada no âmbito dos efeitos patrimoniais do casamento e não no domínio da dissolução do casamento (§§ 1569.º a 1586.ºb do BGB). O que significa que, com excepção do que a lei dispõe, o casamento mantém-se com os seus direitos e deveres. Em todo o caso, e quanto às dívidas que aqui analisamos (destinadas a satisfazer os encargos normais da vida familiar), a lei alemã expressamente afasta a responsabilidade de ambos os cônjuges no § 1357.º, 3.º, do BGB, que exclui do poder de um dos cônjuges responsabilizar o outro a situação da separação de facto. Gernhuber e Coester-Waltjen referem o risco que isso pode representar para o parceiro contratual do cônjuge que contrai a dívida¹⁶⁷⁶. De facto, a separação não está sujeita a registo como acontece com as convenções matrimoniais (§ 1412.º do BGB), e como acontece com as limitações ou exclusão nos termos do § 1357.º, 2.º, do BGB, não tendo os terceiros qualquer meio externo de conhecer a

A nossa jurisprudência tem também entendido que o credor de alimentos tem direito, na medida das possibilidades do devedor, ao necessário para assegurar o mesmo padrão de vida, o mesmo nível económico e social que era o seu antes da separação - v., p. ex., o ac. do STJ, de 08.02.2000 (*Col. Jurisp. (STJ)*, tomo I, 2000, p. 74). A obrigação de alimentos na separação de facto difere, por isso, da obrigação alimentar comum, não se circunscrevendo ao indispensável ao sustento, habitação e vestuário.

A esta manutenção do nível de vida refere-se também o art. 214.º do Cód. Civil francês, como já fizemos referência, e o art. 270.º do mesmo código, ao prescrever que, e desaparecendo com o divórcio o dever de socorro recíproco dos cônjuges, qualquer um deles pode ser obrigado a pagar ao outro (que não exclusivamente culpado) uma prestação destinada a compensar, na medida do possível, a disparidade nas condições de vida deles, criada pela ruptura do casamento.

¹⁶⁷⁵ Os §§ 1361.ºa e 1361.ºb do BGB determinam, por seu lado, a possibilidade de atribuição a cada um dos cônjuges dos bens móveis que lhe pertencem e a partilha dos bens que pertençam a ambos bem como a atribuição da casa de morada da família a um dos cônjuges. Como com a separação de facto a propriedade se separa, a mistura da mesma e a protecção dos credores prevista no § 1362.º do BGB já não se aplica, por não se justificar (Dölle, *ob. cit.*, p. 690, Gernhuber/Coester-Waltjen, *ob. cit.*, § 22, II, 3, p. 216, e Palandt/Brudermüller, *ob. cit.*, § 1362.º, p. 1638).

De referir também que, dado que o § 1353.º do BGB impõe aos cônjuges a obrigação de vida em comum, a separação de facto traduz-se numa violação de tal dever que poderá dar origem, além de poder ser invocada para os efeitos do divórcio como ruptura da vida comum, a uma acção de restabelecimento da vida em comum (§ 888.º, 3.º, ZPO – *Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens*). Porém, a condenação de um cônjuge tem um valor meramente platónico, ou seja, não está sujeita a execução forçada por o cumprimento dos deveres conjugais não poderem ser impostos forçosamente aos cônjuges (por isso, MünchKomm - *Wacke*, § 1353 Rdn. 13, p. 169, escreve que a violação do § 1353.º do BGB não tem sanção („*sanktionslos*”). O que, aliás, corresponde ao entendimento do incumprimento dos deveres conjugais (v., Jorge Duarte Pinheiro, *O núcleo intangível...*, *cit.*, pp. 576 e 577 e pp. 587-589). A acção, raramente utilizada, serve apenas para que se declare judicialmente o não cumprimento de tais deveres por um dos cônjuges por forma a obter uma regulamentação da separação de facto ou para efeitos do divórcio requerido. V., Dölle, *ob. cit.*, pp. 399 e 400, Beitzke/Lüderitz, *ob. cit.*, pp. 73-75, e Lüderitz/Dethloff, *ob. cit.*, pp. 52-54, MünchKomm Zur ZPO - *Bernreuther*, § 606 Rdn. 6-10, pp. 927 e 928 e § 888 Rdn. 10, p. 563, Staudinger, *ob. cit.*, §§ 1303.º-1362.º, § 1353 Rdn. 148 e 155, p. 474 e pp. 476 e 477, Martin Lipp, *ob. cit.*, pp. 34 e 35, Zöller-Philippi, *Zöller Zivilprozessordnung, cit.*, § 606 Rdn. 3, p. 1397, Zöller-Stöber, *ob. cit.*, § 888 Rdn. 17, p. 2225, e Stein/Jonas/Brehm, VIII/2004, § 888 Rdn. 36-38, pp. 590 e 591.

¹⁶⁷⁶ Gernhuber/Coester-Waltjen, *ob. cit.*, § 19, IV, 10, p. 170.

separação dos cônjuges. A aplicação do § 1357.º do BGB assenta na aparência de que existe uma vida em comum e que as dívidas de um dos cônjuges para essa mesma economia comum são no interesse do outro cônjuge. Por isso, a sua não aplicação no caso da separação de facto entre os cônjuges deve resultar da aparência de que cada um actua por si, não existindo a vida em comum. Assim, importa que a separação dos cônjuges seja do conhecimento dos seus parceiros contratuais ou possa ser por estes conhecida¹⁶⁷⁷. Em todo o caso, as obrigações que perduram no tempo e as compras a prestações continuam a responsabilizar ambos os cônjuges, não obstante entretanto ocorrer uma separação de facto.

Portanto, e ao contrário dos outros ordenamentos jurídicos, o direito alemão exclui expressamente as dívidas relativas aos encargos da vida familiar da responsabilidade comum.

Consideramos, assim, que, ainda que por regra as dívidas contraídas para ocorrer aos encargos normais da vida familiar deixem de existir em situações de separação de facto, não podemos como princípio fixar tal entendimento. Tudo dependerá da análise do caso concreto, sendo certo que existindo filhos comuns a probabilidade de tais encargos se manterem será maior. Acresce que, se na separação de facto o dever de contribuição para os encargos da vida familiar se assume como o dever de prestação de alimentos, o art. 1675.º não exclui a possibilidade de se manter a contribuição para os encargos da vida familiar nesse caso. A questão é que com a separação de facto estes encargos com a vida familiar serão limitados ou podem até nem existir, mas não nos parece que devamos excluí-los à partida. É, aliás, o mesmo raciocínio que vale para as dívidas comerciais contraídas pelo cônjuge comerciante separado de facto: a sua existência implica a análise do caso concreto. Só com a avaliação do caso concreto se consegue aferir a eventual existência de um encargo da vida familiar mesmo existindo separação de facto e o seu conhecimento por parte do terceiro credor. De facto, convém não esquecer a necessidade de protecção do credor que, ao contratar com um dos cônjuges, acreditou na aparência de casamento (se, de facto, não foi por culpa sua que não tomou conhecimento da separação de facto). Esta necessidade de salvaguarda dos interesses dos credores foi, como vimos, posta em relevo essencialmente pelos ordenamentos

¹⁶⁷⁷ MünchKomm - Wacke, § 1357 Rdn. 45, pp. 235 e 236, Schlüter, *ob. cit.*, pp. 65 e 66, e Schwab, *ob. cit.*, p. 84. Dölle, *ob. cit.*, p. 723, defendia que a exclusão do poder das chaves da mulher nos casos de não existir comunhão de vida deveria estar sujeita a registo para protecção de terceiros.

jurídicos espanhol (pelos autores que afastam a responsabilidade solidária) e alemão (face à exclusão da responsabilidade pelo § 1357.º, 3.º, do BGB).

O que dissemos em relação às dívidas contraídas para ocorrer aos encargos da vida familiar, pode aplicar-se às dívidas contraídas em proveito comum, seja pelo cônjuge administrador seja pelo cônjuge comerciante no exercício do seu comércio (art. 1691.º, n.º 1, al. c) e d), e n.º 2). A verificação do conceito de proveito comum pode aplicar-se na separação de facto tal como anteriormente no decurso da normalidade do casamento, dependendo dos factos concretos o seu preenchimento (que poderão ser menos), pelo que remetemos para o que dissemos a esse propósito *supra*. Assim, e porque continuam também a aplicar-se as regras da administração dos bens do casal, as dívidas contraídas pelo cônjuge administrador separado de facto, nos limites dos seus poderes administrativos e em proveito comum, são dívidas da responsabilidade de ambos os cônjuges, nos termos do art. 1691.º, n.º 1, al. c). Tal como os novos bens adquiridos por cada um dos cônjuges integram o património comum, também responsabilizam o mesmo património as dívidas em seu benefício. Por isso, o pagamento de um empréstimo contraído por um dos cônjuges separado de facto do outro para adquirir uma casa onde passa a viver, se casado num dos regimes de comunhão, será da responsabilidade de ambos os cônjuges. A dívida será comum, não tanto nos termos da já referida al. b), mas para efeitos da al. c) do n.º 1 do art. 1691.º ou do art. 1694.º, o que se compreende dado o novo bem (a casa) ingressar no património comum do casal e ser objecto de partilha entre os dois cônjuges (salvo se os efeitos do divórcio, se e quando requerido, retroagirem à data em que cessou a coabitação e por culpa de um dos cônjuges (art. 1789.º, n.º 2))¹⁶⁷⁸.

A separação de facto releva também para a aferição da comunicabilidade das dívidas contraídas no exercício do comércio (art. 1691.º, n.º 1, al. d)). O caso do comércio explorado por um cônjuge separado de facto foi apresentado como um exemplo do comércio não exercido em proveito comum do casal. Mas, parece não bastar esta situação de separação de facto para excluir o proveito comum, sendo preciso para tanto que se verifiquem outras circunstâncias. Pode acontecer que o cônjuge comerciante, embora separado de facto, contribua com os proventos da sua exploração comercial para

¹⁶⁷⁸ Contra, v., Diogo Leite de Campos, *Lições...*, cit., p. 435, que considera que o regime da responsabilidade por dívidas só vale plenamente no caso de os cônjuges viverem em comunhão de vida. Havendo separação de facto e desaparecendo a vida em comum do casal “é natural que deixe de haver dívidas assumidas em proveito comum do casal”.

o sustento do outro cônjuge¹⁶⁷⁹. Há ainda quem vá mais longe e entenda que o proveito comum nunca ficará excluído, visto que os proventos derivados do exercício do comércio por um dos cônjuges serão sempre susceptíveis de aumentar a meação do outro cônjuge nos bens comuns (nos regimes de comunhão). Contudo, uma coisa é impor ao cônjuge do comerciante uma participação quotidiana nas responsabilidades quando ele usufrui também regularmente das vantagens da actividade profissional, e outra coisa é onerá-lo com a responsabilidade a troco de um aumento eventual e futuro da sua meação nos bens comuns. Para se afirmar que o comércio é exercido em proveito comum não deve bastar a possibilidade teórica de um cônjuge vir a beneficiar dos resultados da exploração mercantil do outro no momento em que ocorra a separação das meações. Se assim fosse, não se figurariam hipóteses de as dívidas contraídas no exercício do comércio de um dos cônjuges não o serem em proveito comum (e, logo, incompreensível a referência da al. d) do n.º 1 do art. 1691.º a tais hipóteses)¹⁶⁸⁰.

Entendemos, portanto, que mesmo havendo separação de facto pode haver proveito comum relativo à contracção de certas dívidas, para efeitos das als. c) e/ou d) do n.º 1 do art. 1691.º. Tal como já referimos anteriormente tudo dependerá da análise do caso concreto e do preenchimento do conceito de proveito comum mesmo havendo separação de facto entre os cônjuges. É evidente que esta solução, dependendo da aferição do caso concreto, exigirá um maior esforço probatório que nem sempre será

¹⁶⁷⁹ V., p. ex., o ac. do STJ, de 09.11.1962 (*loc. cit.*). V. também, os ac. da RL de 19.01.1979 (*loc. cit.*); e da RC, de 15.05.1990 (*loc. cit.*), que considerou incomunicável à mulher, havendo separação de facto, a dívida resultante da compra, pelo marido, de uma balança para um camião pertença comum do casal; de 09.11.1993 (*loc. cit.*); e de 09.11.1999 (*loc. cit.*, considerando dívida própria a dívida proveniente da aquisição de azeite contraída no exercício do comércio pelo marido separado de facto e tendo deixado de contribuir, desde essa altura, para o sustento da mulher e filha do casal). J. A. Domingues Damas, *ob. e loc. cit.*, pp. 205 e 206, entende que, no caso de separação de facto, não existirá proveito comum mesmo quando haja sustento do outro cônjuge à custa dos rendimentos da actividade comercial do comerciante, já que isso resultará do cumprimento do dever de assistência que não pressupõe a ideia de proveito comum, podendo até verificar-se após a dissolução do casamento. Entende que a separação de facto constitui a negação do elemento teleológico da ideia de proveito comum, pois deixando de existir a solidariedade institucional entre os cônjuges deixaria de existir a ideia de proveito comum que tem implícita a ideia de unidade da instituição familiar. Contra, pronunciou-se João António Almeida Garrett, “Dívidas comerciais”, *Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique*, n.º 1 (Junho), 1998, p. 60, nota 18, para quem, havendo separação de facto, mas beneficiando o cônjuge do comerciante das vantagens económicas que a este advêm do exercício do comércio, terá de concluir-se pela existência de proveito comum, porque existe benefício patrimonial para o cônjuge do comerciante e, por isso, será legítimo responsabilizá-lo pelo pagamento das dívidas que decorram desse exercício.

¹⁶⁸⁰ V., V. G. Lobo Xavier, “Responsabilidade dos bens do casal...”, *loc. cit.*, p. 7, nota 3.

Por seu lado, Camino Sanciñena Asurmendi, *ob. cit.*, p. 139, considera também que a separação de facto pode ter algum relevo no caso de dívidas contraídas no exercício do comércio, no sentido de que a separação afasta a presunção do conhecimento que está na base da presunção do consentimento do cônjuge do comerciante para a responsabilização dos bens comuns. A jurisprudência espanhola tem considerado o interesse da família como o critério para afastar a responsabilidade dos bens comuns, dado que entende que no caso de separação de facto cada cônjuge actua no seu interesse exclusivo (mesma autora e obra, p. 140).

fácil. Não é, porém, pelas dificuldades de prova que deverá condicionar-se a regulamentação das dívidas entre cônjuges separados de facto. Por isso nos parece mais justa a solução da aferição do caso concreto, cabendo aos tribunais um juízo objectivo de cada problema.

VII. Responsabilidade por dívidas e união de facto

Não podemos deixar de fazer referência a uma realidade que cada vez mais se impõe como facto social e à qual o Direito tem atribuído alguns efeitos jurídicos: a união de facto¹⁶⁸¹. Não nos cabe analisar os pressupostos da sua existência, a sua razão de ser ou o fundamento para a atribuição de efeitos jurídicos à união de facto¹⁶⁸², mas sim, partindo da sua existência e reconhecimento de alguns efeitos jurídico-patrimoniais,

¹⁶⁸¹ A expressão “união de facto” foi, entre nós, usada legalmente pela primeira vez com a Reforma de 1977, no art. 2020.º. O que não significa que o fenómeno, enquanto facto social, não tenha existido antes ou, até, sempre tenha existido. De facto, era difícil distinguir no direito romano quando se estava perante um casamento ou face ao concubinato (Artur A. de Castro/Mário M. Reymão Nogueira, *ob. cit.*, p. 22, e Araújo Barros, *ob. cit.*, pp. 229 e 230). Sem remontar mais longe, a referência à *barregania* era frequente na legislação da Reconquista e a ela se fazia referência nas Ordenações Afonsinas (título LXXXXVIII, do livro IV, e título XXIII, do livro V), Manuelinas (título LXXI, do livro IV) e Filipinas (título XCII, do livro IV). V., por todos, Marnoco e Souza, *História das Instituições...*, *cit.*, pp. 539 e 540, e Nuno de Salter Cid, *A comunhão de vida à margem do casamento: entre o facto e o direito*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 83-370. Várias são, porém, as expressões que podem utilizar-se assim como para referir os sujeitos da relação. V., entre outros, sobre a questão terminológica, Eduardo Estrada Alonso, *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil Español*, Madrid, Civitas, 1986, pp. 45-51, Albino Matos, “União de facto e liberalidades”, *Temas de Direito Notarial*, Coimbra, Almedina, 1992, pp. 107-109, Nuno de Salter Cid, “União de Facto e Direito: indecisão ou desorientação do legislador?”, *Economia e Sociologia*, n.º 57.º, 1994, pp. 19-22, e *A comunhão de vida...*, *cit.*, pp. 36-41, Natalia Alvarez Lata, “Las parejas de hecho: perspectiva jurisprudencial”, *Derecho Privado y Constitución*, ano 6, n.º 12, 1998, pp. 8 e 9, Geraldo da Cruz Almeida, *Da união de facto. Convivência more uxorio em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Pedro Ferreira Editor, 1999, pp. 47-63, Jean Carbonnier, *Droit Civil. La famille...*, *cit.*, pp. 669 e 670, Carolina Mesa Marrero, *Las Uniones de Hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*, 2.ª ed., Navarra, Aranzadi, 2000, pp. 27-31, M.ª del Carmen Corral Gijón, “Las uniones de hecho y sus efectos patrimoniales (Parte 1.ª: Configuración del fenómeno)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ano LXXVI, n.º 662, 2000, pp. 3343-3345, Federico J. Cantero Núñez, “Uniones de hecho”, in AAVV, *Instituciones de Derecho Privado, Familia*, sob a direcção de Víctor M. Garrido de Palma, tomo IV, vol. I, Madrid, Civitas, 2001, pp. 281-285, e Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 101 e 102. Para utilizarmos a terminologia da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, e por ser também a expressão mais utilizada na doutrina e jurisprudência, usaremos o termo união de facto e de sujeito/membro da união de facto ou convivente.

¹⁶⁸² V., sobre esta matéria, entre outros, Geraldo da Cruz Almeida, *ob. cit.*, pp. 74-108, França Pitão, *Unões de Facto e Economia Comum (comentário crítico às Leis n.ºs 6/2001 e 7/2001, ambas de 11/05)*, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 34-70 e 76-105, e “Os novos casamentos ou a crise do casamento tradicional no direito português”, in AAVV, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil...*, *cit.*, pp. 189-198, Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 112-118, e Telma Carvalho, “A união de facto: a sua eficácia jurídica”, in AAVV, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil...*, *cit.*, pp. 227-248. É evidente que os problemas relativos à atribuição de certos efeitos jurídicos e a questão da responsabilidade pelas dívidas contraídas no decurso da união de facto pressupõem a verificação de tais requisitos. Caso contrário, nenhuma diferença existe face às dívidas contraídas por qualquer outra pessoa, reguladas pelo Direito das Obrigações, não se gerando qualquer problema de regulamentação. V., neste sentido, Carolina Mesa Marrero, *ob. cit.*, pp. 31-46.

Por se exigir uma convivência em condições análogas às dos cônjuges, o que justifica a atribuição legal de alguns efeitos, a união de facto distingue-se das relações sexuais fortuitas ou passageiras, bem como do concubinato duradouro, no sentido de que aqui, apesar de haver comunhão de leito, não a há de mesa e habitação. Além disso, a expressão concubinato (*cum cubare*) pode denotar que uma das partes está unida pelo matrimónio a outra pessoa, como parece resultar do art. 1871.º, n.º 1, al. c), ao distinguir vida em condições análogas às dos cônjuges e concubinato duradouro.

estudar o problema da responsabilidade por dívidas contraídas pelos conviventes no decurso da união de facto¹⁶⁸³.

Em geral, as relações estabelecidas entre os membros da união de facto são regidas pelo Direito comum e não pelo Direito da Família e, em especial, pelas regras aplicáveis ao casamento. Mas justificar-se-á uma regulamentação da união de facto em matéria de dívidas, equiparando-a ao casamento ou, pelo contrário, deverá deixar-se tal matéria na livre disponibilidade das partes, podendo regulá-la por contrato, e aplicando o regime geral?

Caberá, assim, proceder a uma análise dos problemas colocados em matéria de dívidas contraídas por um ou ambos os membros da união de facto e os meios de os solucionar. Podendo distinguir-se os efeitos da união de facto consoante se trate de relações entre os membros da mesma, entre estes e os filhos e entre aqueles e terceiros, centraremos a nossa análise nas relações entre conviventes e entre estes e terceiros.

Dado que o reconhecimento dos efeitos jurídicos da união de facto não se tem debruçado, entre nós, sobre esta matéria, restringindo-se a outros aspectos, não podemos deixar de atender à informação disponível nos ordenamentos jurídicos estrangeiros.

¹⁶⁸³ Ainda que o objecto da presente análise seja o problema da responsabilidade por dívidas no decurso da união de facto, não podemos deixar de referir, porque intimamente relacionado, a questão das compensações no momento da liquidação da união de facto e o cumprimento das dívidas ainda não pagas. P. ex., uma vez dissolvida a união de facto, quem responde pela dívida de um empréstimo contraído para a casa de morada comum, ou haverá um crédito de um sobre o outro pelo pagamento de certas dívidas contraídas e pagas no decurso da união... Aliás, esta é uma das questões que tem sido colocada à jurisprudência, sobretudo estrangeira. Como refere Schlüter, “Die nichteheliche Lebensgemeinschaft und ihre vermögensrechtliche Abwicklung”, *FamRZ*, ano 33.º, n.º 5, 1986, p. 405, o pedido de restituição ou compensação relativos a contas bancárias ou ao pagamento de dívidas contraídas no interesse da vida em comum („*Interesse des Zusammenlebens*”) tem sido colocado perante os tribunais no momento da dissolução da união de facto, tendo a jurisprudência recusado qualquer compensação pelas contribuições patrimoniais de um dos conviventes, no interesse da união, desde que não se prove que tenha havido intenção de restituição (p. 406). Ora, tal entendimento de recusa de compensação ao convivente que contraiu dívidas pautado pelo “interesse da vida em comum”, não raras vezes poderá gerar soluções injustas, como também refere o autor citado. Excepcionalmente, tem a jurisprudência admitido uma compensação com fundamento nas regras do mandato (§ 670.º do BGB), o que também não está isento de críticas (pp. 407 e 408). No mesmo sentido, v., Edith Möschl, *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft*, Wien, Orac, 1998, p. 176, que rejeita qualquer compensação relativa a contas bancárias ou ao pagamento de dívidas contraídas no interesse da vida em comum. A doutrina, para a liquidação da união, tem admitido, como veremos mais adiante, a utilização das regras do Direito das Sociedades, da compropriedade, do princípio da boa fé semelhante à relação de confiança das relações contratuais, desaparecimento da base contratual e do instituto do enriquecimento sem causa (Schlüter, *loc. cit.*, pp. 409-415, e Dieter Giesen, *ob. cit.*, pp. 249-259).

Ou seja, pela aplicação das regras gerais, e a não ser que se prove existir um empréstimo ou outro qualquer contrato que justifique a restituição ou se verifiquem os pressupostos do enriquecimento sem causa, o convivente que contraiu a dívida será responsável pelo seu pagamento finda a união de facto, mesmo que contraída no interesse comum. Por outro lado, a dívida paga por um em benefício de ambos não gera qualquer crédito do convivente que pagou face ao outro que apenas beneficiou, não havendo na união de facto uma norma semelhante ao art. 1697.º relativo às compensações pelo pagamento de dívidas entre os cônjuges.

Importará, aferir, previamente, da regulamentação legal do nosso ordenamento face à união de facto¹⁶⁸⁴.

1. Regulamentação legal

A CRP não fala na união de facto nem dispõe directamente sobre ela. Ainda que o art. 36.º, n.º 1, da CRP, possa levantar algumas dúvidas, tem-se entendido que não pretende referir-se à união de facto, quando dispõe sobre o direito de constituir família, mas respeita exclusivamente à matéria da filiação, ou seja, trata-se do direito a procriar e do direito a estabelecer as correspondentes relações de maternidade e de paternidade¹⁶⁸⁵. Ainda que a união de facto esteja abrangida no direito ao

¹⁶⁸⁴ A Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, não define a união de facto, devendo entender-se que se trata da vida em comum em condições análogas às dos cônjuges. As pessoas vivem em comunhão de leito, mesa e habitação, como se fossem casadas, com a diferença de que não o são, por não estarem ligadas pelo vínculo formal do casamento. Até à Lei n.º 7/2001 citada a principal diferença entre a união de facto e o casamento era precisamente a falta de formalismo daquela. Com esta lei, considerando as uniões de facto homossexuais, a delimitação dos dois conceitos torna-se mais simples, dada a exigência da diversidade de sexos no casamento (arts. 1577.º e 1628.º, al. e)). De referir que, segundo Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 113 e 114, a Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, pretendeu estender à união de facto entre pessoas do mesmo sexo o regime das uniões de facto entre pessoas de sexo diferente apenas para os efeitos previstos nos arts. 3.º e 5.º do diploma. Todas as outras disposições legais avulsas que atribuam efeitos à união de facto, aplicam-se apenas à união entre pessoas de sexo diferente, dado não haver base legal para estender à união de facto entre pessoas do mesmo sexo disposições que foram pensadas para as uniões entre pessoas de sexo diferente. Se o legislador quisesse estender essas disposições à união de facto entre pessoas do mesmo sexo, tê-lo-ia dito, como o disse quanto à transmissão do direito ao arrendamento para habitação no art. 5.º. Assim, p. ex., o direito a exigir alimentos da herança do falecido, regulado no art. 2020.º do Cód. Civil, só cabe à pessoa de sexo diferente que vivia com ele em condições análogas às dos cônjuges. Para este efeito, e para todos os outros não compreendidos no art. 3.º, a heterossexualidade continua a ser condição de eficácia da união de facto. Contra, França Pitão, *Uniões de Facto...*, *cit.*, pp. 81 e 82 e nota 28.

¹⁶⁸⁵ Pereira Coelho, “Casamento e família no direito português”, in AAVV, *Temas de Direito da Família*, Ciclo de Conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Coimbra, Almedina, 1986, pp. 8 e 9, Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil...*, *cit.*, vol. IV, pp. 14 e 15 e pp. 25 e 26, e vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 621-623, Diogo Leite de Campos, *Lições...*, *cit.*, pp. 102 e 103, Antunes Varela, *Direito da Família*, *cit.*, pp. 160-162 (isto apesar de considerar que a família apenas se constitui com base no casamento, ou seja, “a filiação fora do casamento pode ser assim considerada como uma relação familiar, no sentido de que se trata de uma relação jurídica (...); mas essa relação familiar (...) não basta para constituir uma família” – p. 37. Com posição semelhante, José Joaquim Almeida Lopes, “A união de facto no direito português”, *Revista Española de Derecho Canonico*, n.º 50, 1993, p. 246, ao dizer que “a união de facto é para a Constituição um nada jurídico”), Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 103 e 104 e pp. 161-165, José João Gonçalves de Proença, *Direito da Família*, 3.ª ed., Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2004, pp. 29 e 30, e M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, “Uniões de facto e pensões de sobrevivência – anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 195/03 e 88/04”, *Jurisprudência Constitucional*, n.º 3, 2004, p. 21, nota 9. Contra, Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 220. Eduardo dos Santos, *ob. cit.*, p. 95, admite que a constituição da família tenha não apenas por fonte o casamento, mas “qualquer outra comunidade sexual, nomeadamente a união de facto”. Pamplona Corte-Real, *ob. cit.*, p. 32, considera a união de facto “um certo tipo de relação familiar”. V., sobre as posições doutrinárias, Geraldo da Cruz Almeida, *ob. cit.*, pp. 177-184, e Telma Carvalho, *loc. e ob. cit.*, pp. 223-226 (qualificando ambos a união de facto como relação jurídica familiar). V. também, a importante análise jurídico-política feita por Nuno de Salter Cid, *A comunhão de vida...*, *cit.*, pp. 502-571.

desenvolvimento da personalidade, previsto no art. 26.º, n.º 1, da CRP, sendo inconstitucional qualquer legislação que proibisse, penalizasse ou impusesse sanções aos unidos de facto, o princípio da protecção da união de facto decorrente desse direito não exige que o legislador dê à união de facto efeitos idênticos aos que atribui ao casamento, equiparando as duas situações. O diferente tratamento do casamento e da união de facto não viola o princípio da igualdade (art. 13.º da CRP), pois este princípio

O problema da qualificação da união de facto como relação jurídica familiar e a sua eventual protecção constitucional coloca-se também na generalidade dos países europeus. No direito italiano, v., Francesco Prosperi, *La famiglia non "fondata sul matrimonio"*, Camerino, Edizioni Scientifiche Italiane, 1980, pp. 42 e segs., que, consagrando a Constituição italiana a tutela da pessoa, e constituindo a família o modo privilegiado de desenvolvimento da personalidade individual, admite a tutela constitucional da família natural. Entende, por outro lado, que a tutela "privilegiada" da família fundada no casamento (o art. 29.º da Constituição italiana determina o reconhecimento dos direitos da família como sociedade natural *fundada no matrimónio*) não implica a não atribuição de relevância jurídica às uniões de facto, atitude que seria mesmo contrária ao princípio constitucional da liberdade de associação (pp. 98-100). No mesmo sentido, v., do mesmo autor, "Convivencia "more uxorio" e tutela della famiglia legittima: i limiti della rilevanza della "famiglia di fatto"", *Rassegna di Diritto Civile*, n.º 1, 1981, pp. 180 e 181. V. também, Marina Santilli, "Note critiche in tema di "famiglia di fatto"", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XXXIV, n.º 3, 1980, pp. 778-788, Giandomenico Milan, "Convivencia "more uxorio" e ordinamento giuridico", *Rassegna di Diritto Civile*, n.º 1, 1981, pp. 143-149, Gazzoni, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, Giuffrè Editore, 1983, pp. 144-148, Antonio Segreto, "Il convivente *more uxorio* nella giurisprudenza della Corte Costituzionale", *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, ano XVIII, 1989, pp. 828-832, C. M. Bianca, *Diritto civile...*, cit., pp. 24 e 25, Busnelli/Santilli, "La famiglia di fatto", in AAVV, *Commentario al diritto italiano della famiglia*, cit., sob a direcção de Cian/Oppo/Trabucchi, vol. VI, 1, 1993, p. 779, Gabriella Autorino Stanzione, "La famiglia "non fondata sul matrimonio"", in AAVV, *Studi in onore di Pietro Rescigno*, cit., pp. 847-849, Maria E. Rovira Sueiro, "La "familia de hecho" en Italia: estado actual de la cuestion", *Derecho Privado y Constitución*, ano 6, n.º 12, 1998, pp. 283-286 (para um resumo das posições doutrinárias face à questão), Bruno de Filippis, *ob. cit.*, pp. 335-339, M. Sgroi, "La famiglia di fatto", in AAVV, *Manuale del nuovo Diritto di Famiglia*, cit., sob a direcção de G. Cassano, pp. 272-277, e Luigi Balestra, *La famiglia di fatto*, Padova, Cedam, 2004, pp. 1-29.

No direito espanhol, face ao art. 32.º da Constituição espanhola, que tutela o casamento, e o art. 10.º da mesma Constituição, que estabelece o princípio do livre desenvolvimento da personalidade, v., p. ex., Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida, *et alii*, *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Familia*, vol. II, 3.ª ed., Barcelona, Bosch, 1989, pp. 300 e segs., e *Elementos de Derecho Civil. Familia*, cit., pp. 290-293, Víctor Reina/José María Martinell, *Las uniones matrimoniales de hecho*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 63 e 64, J. Gavidia Sanchez, "La libertad de elección entre el matrimonio y la union libre", *Derecho Privado y Constitución*, ano 6, n.º 12, 1998, pp. 70 e segs., Carolina Mesa Marrero, *ob. cit.*, pp. 47-60, Ana María Pérez Vallejo, *Autorregulación en la convivencia de hecho (a propósito de las recientes disposiciones prelegislativas y legislativas tendencialmente más dispositivas)*, Almería, Universidad de Almería. Servicio de Publicaciones, 2000, pp. 21 e segs., Federico J. Cantero Núñez, *ob. e loc. cit.*, pp. 313-333, Lledó Yagüe, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 36 e 37, e José Ramón de Verda y Beamonte, "Efectos económicos derivados de la ruptura de uniones de hecho", in AAVV, *Daños en el Derecho de Familia*, sob a direcção de José Ramón de Verda y Beamonte, Navarra, Aranzadi, 2006, pp. 226-228. De referir especialmente, pela análise do ponto de vista constitucional, Víctor Ferreres Comella, "El principio de igualdad y el "derecho a no casarse" (A proposito de la STC 222/92)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 14, n.º 42.º, 1994, pp. 163-196.

No direito alemão, v., G. Beitzke/A. Lüderitz, *ob. cit.*, p. 37, que considera as relações entre pais não unidos pelo matrimónio e os filhos como relações de "família". Tal como o art. 29.º da Constituição italiana, o art. 6.º da GG garante uma tutela privilegiada à família e ao casamento. É em função dessa especial protecção constitucional ao casamento (o que não impede a regulamentação das uniões de facto), que se justifica uma diferença de tratamento das duas realidades sem que o princípio da igualdade, consagrado no art. 3.º da GG, seja com isso afectado (v., Martin Lipp, *ob. cit.*, pp. 7-9, e Gernhuber/Coester-Waltjen, *ob. cit.*, § 41, II, pp. 479 e 480).

apenas proíbe discriminações arbitrárias ou desprovidas de fundamento¹⁶⁸⁶. Ora, casamento e união de facto são situações materialmente diferentes, assumindo os casados o compromisso de vida em comum, mediante a sujeição a um vínculo jurídico, enquanto que os conviventes não o assumem, por não quererem ou não poderem. O tratamento diferenciado relativamente ao casamento é, por isso, objectivamente fundado e está conforme ao princípio da igualdade, que visa o tratamento igual do que é igual e não do que é diferente¹⁶⁸⁷. Não há, assim, qualquer base legal para estender à união de facto as disposições que ao casamento se referem¹⁶⁸⁸.

A generalidade das legislações tem vindo a atribuir à união de facto cada vez mais efeitos¹⁶⁸⁹, sem que, contudo, na maioria dos países, haja a sua institucionalização num diploma legal que regule os seus requisitos e efeitos. É, aliás, o que acontece entre nós. Com efeito, a união de facto é objecto de normas de protecção na legislação do trabalho, fiscal, funcionalismo público, segurança social..., e mesmo a Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio (e a anterior Lei n.º 135/99, de 28 de Agosto), visando adoptar medidas de protecção da união de facto, é, com algumas excepções¹⁶⁹⁰, um sumário de medidas de

¹⁶⁸⁶ V., o ac. do STJ, de 23.04.1998 (*Col. Jurisp. (STJ)*, tomo II, 1998, p. 49).

¹⁶⁸⁷ No mesmo sentido, e quando ao ordenamento jurídico espanhol, v., Luis Díez-Picazo/Antonio Gullón, *ob. cit.*, p. 72. Referem mesmo os autores que uma coisa é o reconhecimento da justiça de determinadas soluções, exigidas, sobretudo, no momento da dissolução e liquidação da união de facto, e outra institucionalizar essas uniões que devem permanecer no “terreno de la privacidad y la libertad individual”. V. também, quanto ao afastamento do princípio da igualdade como argumento para a aplicação analógica das normas do casamento, Federico J. Cantero Núñez, *ob. e loc. cit.*, pp. 315-320. R. Tommasini, “La famiglia di fatto”, in AAVV, *Trattato di Diritto Privato...*, *cit.*, sob a direcção de M. Bessone, vol. IV, tomo I, 1999, p. 504, entende que a diversidade estrutural, e até funcional, da união de facto face à família assente no casamento afasta qualquer regulamentação por recurso à analogia.

¹⁶⁸⁸ Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 106, consideram mesmo que a legislação que equiparasse inteiramente a união de facto ao casamento seria inconstitucional, fosse por descaracterizar o instituto matrimonial garantido constitucionalmente, fosse por violar o direito de não casar (dimensão negativa do direito de contrair casamento). Aliás, se a aplicação das regras reguladoras do casamento até podia pensar-se até à Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, com esta lei, que estende às uniões entre pessoas do mesmo sexo os efeitos jurídicos da união de facto, a similitude das situações que poderia justificar a aplicação analógica das disposições do casamento à união de facto deixa de se verificar dado aquele exigir a diversidade de sexos. Como se refere no relatório da mesa temática relativa à união de facto na 2.ª Bienal de Jurisprudência (AAVV, 2.ª *Bienal de Jurisprudência. Direito da Família*, Centro de Direito da Família, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 68), a aplicação por analogia do regime da partilha previsto para o divórcio seria preferível do que a aplicação, p. ex., do regime das sociedades de facto. Porém, tal é duvidoso “tendo em conta a natureza especial do regime de partilha dos casamentos por força do regime de bens e da natureza das dívidas”.

¹⁶⁸⁹ Na verdade, e como refere Geraldo da Cruz Almeida, *ob. cit.*, pp. 192 e 193, apesar dos conviventes não pretenderem sujeitar a sua relação a qualquer vínculo jurídico, a não atribuição de direitos à união de facto possibilitaria a existência de comunidades de vida, “cuja organização se regula de forma espontânea ou é deixada no critério do mais forte ou do mais astuto”. V., Catherine Noir-Masnata, *Les effets patrimoniaux du concubinage et leur influence sur le devoir d'entretien entre époux séparés*, Genève, Librairie Droz, 1982, pp. 27 e 28.

¹⁶⁹⁰ De referir a matéria da adopção (art. 7.º, da Lei n.º 7/2001), de protecção da casa de morada da família (art. 4.º, da Lei n.º 7/2001) e do regime do IRS (art. 3.º, al. d), da Lei n.º 7/2001).

protecção que já vinham da legislação precedente. Portanto, aquilo com que deparámos é a existência de uma situação fáctica, não subordinada a qualquer vínculo jurídico¹⁶⁹¹, mas que no seu decurso ou no momento da sua cessação carece de uma qualquer regulamentação para os problemas que surjam. Se a lei atribui alguns efeitos jurídicos, o que é certo é que no domínio das relações patrimoniais, e em especial, em matéria de dívidas, bem como na regulamentação das consequências da dissolução da união de

É importante notar que a atribuição dos efeitos jurídicos à união de facto resulta de dados empíricos, ou seja, a prova do início da união de facto resulta, na maioria dos casos, de prova testemunhal. Seria conveniente, como defendem Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 110 e 111, a obrigação da inscrição da união de facto no registo civil.

¹⁶⁹¹ Duvidosa é a natureza jurídica da união de facto. Castro Mendes, *Direito da Família*, *cit.*, p. 14, refere que nada obsta à qualificação da união de facto como uma relação contratual de facto ou conjunto de relações contratuais de facto, ainda que nunca equiparada ao contrato de casamento. No mesmo sentido, Telma Carvalho, *ob. e loc. cit.*, pp. 233-237. Ao contrário dos contratos, as relações contratuais de facto têm por base puras actuações de facto, ou seja, não releva a vontade dos sujeitos, e às quais se aplicaria o regime dos contratos. No âmbito da relevância das relações contratuais de facto deve fazer-se referência aos comportamentos concludentes (actuações que permitem considerar aplicável um dado regime contratual, apesar da falta das declarações negociais, expressas ou tácitas). 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. Duvidamos, porém, que seja irrelevante qualquer demonstração de vontade por parte dos conviventes que, ao não casarem, demonstram a sua vontade de não se sujeitarem ao regime jurídico-legal do casamento. Só se houver uma total desvalorização da vontade, mesmo tácita, dos conviventes se qualificaria a união de facto como relação contratual de facto, à qual se aplicaria o regime de um dado contrato, em especial, o casamento. Sobre a relação contratual de facto, v., Antunes Varela, *Das Obrigações...*, *cit.*, pp. 220-222, Menezes Cordeiro, *ob. cit.*, vol. II, reimpressão, Lisboa, AAFDL, pp. 29-41, e Heinrich Ewald Hörster, *A parte geral do Código Civil português...*, *cit.*, pp. 470-473.

Este entendimento pode ser afastado se se entender existir um contrato entre os conviventes ou se se entender que a resolução dos problemas relativos à união de facto passa por outras figuras jurídicas, como a gestão de negócios, o enriquecimento sem causa... Aliás, a própria figura da relação contratual de facto não é aceite na generalidade da doutrina (v., p. ex., Antunes Varela, *Das Obrigações...*, *cit.*, p. 222, ao considerar que não é necessário o recurso a tal relação, pois os problemas por ela abordados são resolvidos por outras figuras jurídicas, e Heinrich Ewald Hörster, *A parte geral do Código Civil português...*, *cit.*, p. 472, expressamente referindo que a doutrina deve ser rejeitada). Telma Carvalho, *ob. e loc. cit.*, pp. 235 e 236, considera tratar-se de uma relação contratual de facto, o que poderá justificar a aplicação analógica de alguns efeitos previstos para o casamento. Neste sentido, v., Francesco Prosperi, *La famiglia no fondata...*, *cit.*, pp. 220-245. Como veremos, não concordamos com este entendimento, negando a aplicação analógica de qualquer norma reguladora dos efeitos do casamento. Não pretendemos tomar posição quanto a esta questão tão discutida que é a natureza jurídica da união de facto, tanto mais que ela não é indispensável para a análise do problema que aqui pretendemos resolver. De facto, entendemos que a união de facto, quer consubstancie uma mera relação de facto ou se traduza num contrato celebrado entre os conviventes, com manifestação das respectivas vontades com vista ao estabelecimento da vida em comum, estará sujeita às regras gerais do Direito comum para resolução dos problemas que possam surgir, nomeadamente, no momento da sua dissolução.

Sobre a natureza jurídica da união de facto, v. também, Jean Carbonnier, *Droit Civil. La famille...*, *cit.*, p. 680, referindo que se poderá qualificar como contrato, quase-contrato ou mero facto. França Pitão, *ob. cit.*, p. 217, nota 39, considera a união de facto como um contrato, enquanto Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 122, a entendem como “situação de facto a que a lei atribui efeitos jurídicos”. Por sua vez, Federico J. Cantero Núñez, *ob. e loc. cit.*, p. 303, considera a união de facto um simples acto jurídico, ao qual não se aplicam as regras previstas para o casamento. No mesmo sentido, M.^a del Cármen Corral Gijón, *loc. cit.*, ano LXXVI, n.º 662, 2000, pp. 3345-3348.

facto, e não sendo de aplicar o regime jurídico do casamento¹⁶⁹², não há qualquer norma reguladora desses problemas.

A resolução dos problemas postos pela união de facto (e manifestados essencialmente no momento da ruptura) tem sido apresentada pela jurisprudência pelo recurso às regras do Direito comum. Com efeito, vários são os acórdãos que concluem que ao fim de vários anos de vida em comum de união de facto não seria justo que um dos conviventes pudesse ficar com o seu património enriquecido à custa do empobrecimento injusto do outro, que, eventualmente, terá abdicado da sua actividade profissional para se dedicar em exclusivo à vida familiar do casal e dos filhos. Para evitar tal locupletamento recorrem às regras do enriquecimento sem causa ou da sociedade de facto¹⁶⁹³.

Ora, se em matéria de dissolução há já alguma jurisprudência, o problema da responsabilidade por dívidas não tem sido colocado aos tribunais. Não obstante, importa

¹⁶⁹² V., p. ex., o Parecer da Procuradoria Geral da República, de 18.03.1982 (*RLJ*, ano 116.º, 1983/84, p. 132); e os ac. do STJ, de 21.11.1985 (*BMJ*, n.º 351.º, 1985, p. 429); da RL, de 25.10.1983 (*Col. Jurisp.*, tomo IV, 1983, p. 148); e de 19.12.1985 (*Col. Jurisp.*, tomo V, 1985, p. 10); e da RE, de 26.01.1984 (*BMJ*, n.º 335.º, 1984, p. 355).

¹⁶⁹³ V., p. ex., os ac. do STJ, de 15.11.1995 (*BMJ*, n.º 451.º, 1995, p. 387, onde foi atribuída uma indemnização à autora, com base no enriquecimento sem causa, pelas contribuições prestadas na aquisição de bens registados em nome do réu. Além disso, entendeu-se também ser de valorar o trabalho prestado no lar pela autora para que o montante da indemnização fosse justo e devidamente ponderado), e de 08.05.1997 (*Col. Jurisp. (STJ)*, tomo II, 1997, p. 81, que decidiu que não pode falar-se em compropriedade quando não haja intervenção do outro membro da união de facto na escritura de compra e venda do imóvel, sendo este só adquirido pelo outro. Porém, verifica-se enriquecimento sem causa quando esta aquisição ocorreu com proventos comuns dos dois, sendo necessário aferir, para apurar a medida do empobrecimento e respectivo enriquecimento, o quanto cada um deles contribuiu para a aquisição do imóvel); e de 08.05.2003 (apresentado e comentado na 2.ª Bial de Jurisprudência – AAVV, 2.ª *Bial de Jurisprudência...*, cit., pp. 66-68); da RL, de 21.01.1999 (*Col. Jurisp.*, tomo I, 1999, p. 83); da RP, de 05.03.1998 (*Col. Jurisp.*, tomo II, 1998, p. 190); da RC, de 11.05.2004 (*Col. Jurisp.*, tomo III, 2004, p. 8); da RE, de 10.04.2003 (*Col. Jurisp.*, tomo II, 2003, p. 242); e da RG, de 29.09.2004 (*Cadernos de Direito Privado*, n.º 11 (Julho/Setembro), 2005, p. 63, que entendeu verificar-se os pressupostos do enriquecimento sem causa e, aferindo a diferença entre a situação real e a situação hipotética do património do enriquecido (a situação em que este se encontra e aquela em que se encontraria se o facto produtivo do enriquecimento não se tivesse dado), valorou essa diferença em 20%, considerando, por um lado, o facto de a autora ter adquirido em conjunto com o réu mobiliário por ambos escolhido e, por outro lado, o valor do trabalho doméstico realizado pela autora). É interessante notar que apenas o ac. do STJ, de 09.03.2004 (*Col. Jurisp. (STJ)*, tomo I, 2004, p. 112), ainda que a análise efectuada pelo ac. da RL recorrido opte pelo enriquecimento sem causa (que o STJ afasta dado entender não haver qualquer património comum a liquidar e partilhar), refere a possibilidade de a liquidação do património adquirido pelo esforço comum no decurso da união de facto, se poder fazer de acordo com os princípios das sociedades de facto, quando os seus pressupostos se verificarem. V. também, o ac. do STJ, de 01.06.1994 (*Col. Jurisp. (STJ)*, tomo II, 1994, p. 123).

V., na doutrina, Pereira Coelho, “Casamento e família...”, *ob. e loc. cit.*, p. 17, Castro Mendes, *Direito da Família*, cit., p. 15, Diogo Leite de Campos, *Lições...*, cit., p. 22, Geraldo da Cruz Almeida, *ob. cit.*, pp. 213 e 214, Antunes Varela, *Direito da Família*, cit., p. 31, M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, cit., pp. 473-479, França Pitão, *ob. cit.*, pp. 175-179 e p. 320, nota 10 (determinando apenas a aplicação das regras do enriquecimento sem causa), Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 128, e Joel Timóteo Ramos Pereira, “União de facto: cessada como se repartem os bens?”, <http://www.verbojuridico.net>.

analisar quais as soluções possíveis para a regulamentação de tal matéria no âmbito da união de facto, dada a ausência de normativos específicos¹⁶⁹⁴.

2. Da necessidade de regulamentação da união de facto em matéria de dívidas

2.1 Contratos de coabitação

Ao contrário das relações patrimoniais entre os cônjuges e entre estes e terceiros, sujeitas a um regime particular, não há na união de facto um regime de bens, nem têm aplicação as regras que disciplinam os efeitos patrimoniais do casamento independentes do regime de bens (administração, disposição, dívidas, liquidação e partilha...). Muito embora exista comunhão de vida não se produzem efeitos patrimoniais decorrentes da lei¹⁶⁹⁵. Com efeito, a comunhão de vida gerada pela união de facto, com a contribuição de ambos os membros, seja com os rendimentos do seu trabalho seja com a sua participação nas tarefas domésticas, leva ao aparecimento de situações patrimoniais que mereciam a tutela do direito. Na ausência de regulamentação legal coloca-se a questão de saber se os membros da união de facto poderão regular eles próprios, de acordo com o princípio da autonomia da vontade, os aspectos patrimoniais da sua relação (inventariando os bens que levam para a união, fixando regras sobre a propriedade dos bens móveis ou dos valores depositados em contas bancárias, regulando a contribuição de cada um para as despesas do lar, o pagamento das dívidas, a divisão dos bens que sejam adquiridos no decurso da união de facto...)¹⁶⁹⁶. A solução dos problemas

¹⁶⁹⁴ Ao contrário do que acontece no casamento onde há a observar os arts. 1691.º e segs.

¹⁶⁹⁵ O Projecto de Lei n.º 384/VII, do PCP, previa, no seu art. 5.º, a possibilidade de os membros da união de facto celebrarem uma convenção, estabelecendo o regime de bens e a regulamentação dos efeitos patrimoniais decorrentes daquela. Pretendia-se aplicar o regime de comunhão de adquiridos vigente em matéria de casamento (art. 7.º), criando-se uma presunção de comunicabilidade dos bens adquiridos na constância da união de facto. Pelo contrário, o anteprojecto de lei sobre o regime jurídico da união de facto do PS, que nunca foi publicado, previa a exigência de registo da sua constituição para a produção de efeitos jurídicos (art. 11.º), sendo de aplicar à união de facto o regime de separação de bens, salvo se por via contratual as partes estipulassem um outro regime legal de bens (art. 12.º) (Nuno de Salter Cid, *A comunhão de vida...*, cit., pp. 750-758, onde se reproduz o referido anteprojecto).

¹⁶⁹⁶ Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 120.

decorrentes das relações entre os conviventes far-se-ia por via contratual, por “contratos de coabitação, convivência ou concubinato”¹⁶⁹⁷.

A possibilidade de os conviventes auto-regularem certos aspectos da sua relação é a forma adequada para resolver os problemas que surgem no decurso e no fim da união de facto. Uma união que surge da simples vontade das partes deverá regular-se de acordo com o princípio da autonomia da vontade.

A validade de tais contratos entre os conviventes foi posta em causa na doutrina e jurisprudência estrangeiras, dado que a convivência extramatrimonial era considerada como uma relação contrária à moral, aos bons costumes e à ordem pública (no mesmo sentido, cfr. os arts. 280.º e 281.º) tendo, portanto, tais contratos causa ilícita¹⁶⁹⁸. Hoje em dia, pelo contrário, os contratos celebrados entre conviventes (e porque a união de facto não pode considerar-se ilícita, imoral ou contrária à ordem pública ou aos bons costumes) devem considerar-se válidos, apresentando-se, aliás, como a forma ideal de regulação das suas relações patrimoniais¹⁶⁹⁹. De referir, a Recomendação n.º 83, do

¹⁶⁹⁷ A doutrina utiliza a expressão “contratos de coabitação, convivência ou concubinato” quer num sentido amplo, para definir todos os contratos realizados entre conviventes ou entre estes e terceiros reguladores das suas relações (contratos de doação, arrendamento, aquisição de bens, testamento...), quer num sentido restrito, para se referir à convenção pela qual os conviventes se obrigam a fazer vida em comum de acordo com as regras estabelecidas nesta convenção. Para distinguir os primeiros deste último contrato, a doutrina francesa fala em *contracts des concubins* e *convention de concubinage*. V., Geraldo da Cruz Almeida, *ob. cit.*, p. 202, nota 406. Aquilo a que nos referimos no texto são os contratos de coabitação em sentido restrito, ou seja, aqueles pactos celebrados pelos conviventes, antes ou no decurso da união de facto, reguladores das suas relações patrimoniais, nomeadamente, em matéria de dívidas. Para uma análise mais pormenorizada de tais contratos, v., Franco Angeloni, *ob. cit.*, pp. 509 e segs.

¹⁶⁹⁸ V., sobre a questão da validade dos contratos de coabitação e o problema da causa ilícita, Eduardo Estrada Alonso, *ob. cit.*, pp. 77 e segs. e pp. 136 e segs., Bernard Demain, *La liquidación de bienes en las uniones de hecho*, trad. de Jose Manuel Gonzalez Porras, Madrid, Editorial Reus, 1992, pp. 29-31 [ao pronunciar-se sobre a licitude das sociedades entre conviventes (será nula a sociedade universal entre conviventes, como organização patrimonial de uma união contrária aos bons costumes)], Massimo Franzoni, “I contratti tra conviventi “more uxorio””, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XLVIII, 1994, pp. 746-751, Carolina Mesa Marrero, *ob. cit.*, pp. 98 e segs., Ana María Pérez Vallejo, *ob. cit.*, pp. 47-52, e Lledó Yagüe, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 40-42. V. também, para uma análise de alguma jurisprudência espanhola quanto à licitude de certos contratos entre conviventes, Enrique Fosar Benlloch, “Análisis de la Jurisprudencia española sobre las relaciones económicas en las relaciones extramatrimoniales”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, ano CXXXII, n.º 3, tomo LXXXVI, 1983, pp. 219 e segs., e Mendieta Jaramillo, “Relaciones patrimoniales en la unión familiar de hecho”, *Actualidad Civil*, 1, n.º 16, 1990, pp. 207-211.

¹⁶⁹⁹ Robert C. Casad, “Unmarried couples and unjust enrichment: from status to contract and back again?”, *Michigan Law Review*, n.º 77, 1978-79, pp. 47-50, Helen Marty-Schmidt, *La situation patrimoniale des concubins à la fin de l’union libre. Étude des droits suisse, français et allemand*, Genève, Librairie Droz, 1986, p. 66, S.M. Cretney/J.M. Masson/R. Bailey-Harris, *ob. cit.*, pp. 135 e 136, e Carolina Mesa Marrero, *ob. cit.*, p. 104. Como refere Thomas Rauscher, *ob. cit.*, p. 496, a regulação contratual das questões patrimoniais não só é permitida como recomendável („*Regelungen zur Vermögensauseinandersetzung sowie zum Ausgleich für geleistete Beiträge sind nicht nur zulässig, sondern höchst empfehlenswert*”). Para uma análise geral do progressivo reconhecimento da validade de tais contratos, v., Ana María Pérez Vallejo, *ob. cit.*, pp. 56 e segs.

Na Alemanha, onde os problemas colocados pela dissolução da união de facto também se têm colocado, e que constituem o preço da sua liberdade (G. Beitzke/A. Lüderitz, *ob. cit.*, p. 34), tem sido sugerido que os conviventes (*Partner*) regulem por via contratual as suas relações, nomeadamente, fixando regras quanto à divisão dos bens e o modo de contribuição para as despesas

Conselho da Europa, de 7 de Maio de 1988, que visou evitar que os contratos de natureza patrimonial entre conviventes se considerassem nulos pela única razão de serem concluídos entre as partes de uma união de facto.

Admitindo a validade de tais contratos, dentro dos limites da autonomia da vontade (art. 405.º) e sujeitando-os às regras gerais, não restam dúvidas da possibilidade de os conviventes regularem as suas relações patrimoniais, e especialmente, o regime da responsabilidade por dívidas.

A validade e existência destes contratos não suscita dúvidas em alguns países, como a Holanda, os Estados Unidos ou o Canadá, onde os serviços notariais dispõem mesmo de modelos a que os conviventes podem recorrer para celebrar o contrato de coabitação. Noutros países, onde tradicionalmente se questionava a sua validade, e ainda que sejam normalmente celebrados, podem levantar algumas dúvidas, como em França¹⁷⁰⁰ ou em Espanha¹⁷⁰¹.

domésticas (mesmos autores e obra, p. 36). V. também, Dieter Giesen, *ob. cit.*, p. 245. O mesmo acontece no direito italiano – v., G. Oberto, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, Giuffrè Editore, 1991, pp. 153 e 154, e A. Galasso, *ob. cit.*, p. 33.

A referência à possibilidade de os conviventes regularem as suas relações por contrato foi referida no ac. do STJ, de 12.03.2002 (<http://www.dgsi.pt>).

¹⁷⁰⁰ Jean Carbonnier, *Droit Civil. La famille...*, *cit.*, p. 681, refere que, embora se trate de reunir numa só convenção acordos que seriam válidos se considerados isoladamente, é pela sua dinâmica de conjunto que o contrato pode ser suspeito, não por imoralidade mas por ilicitude. Com efeito, pode dar força obrigatória a uma espécie de casamento privado, violando o monopólio do Estado em matéria de casamento. Pensamos, porém, que se o argumento pode ter alguma razão quando se trate de regular relações de ordem pessoal entre os conviventes, não se justificará se o objecto da regulação forem as relações patrimoniais, já que qualquer pessoa pode, de acordo com o princípio da autonomia da vontade e nos termos da lei, celebrar qualquer tipo de contratos, dentro dos limites legais. Com a previsão pelo ordenamento jurídico francês do PACS (*Pacte Civil de Solidarité*), os conviventes que pretendam regular as suas relações patrimoniais fá-lo-ão normalmente através de tais pactos que, não prevendo os conviventes uma dada regulamentação, suprem essa falha estipulando-a supletivamente (Jacqueline Rubellin-Devichi, *Droit de la Famille*, Paris, Dalloz, 2001, p. 392). Como questiona Patrick Courbe, *Droit de la Famille*, 3.ª ed., Paris, Armand Colin, 2003, p. 218, nota 2, qual o interesse dos contratos de coabitação face à existência do PACS?

¹⁷⁰¹ Como refere Eduardo Estrada Alonso, *ob. cit.*, p. 137, apesar da propagação social da união de facto, não são frequentes os contratos para a sua regulamentação. Esta desconfiança resulta da qualificação que muitas decisões jurisprudenciais assumiram perante tais contratos, considerando-os ilícitos ou imorais. Os tribunais, baseando-se na teoria da causa ilícita, consideraram nulos os contratos que se destinassem a iniciar, continuar, terminar ou remunerar as uniões. Para o autor, vigorando em Espanha a concepção objectivista da causa, ao contrário do ordenamento jurídico francês, os contratos celebrados entre conviventes são válidos ou não nos termos gerais da lei. Entende, contudo, o autor não ser admissível um contrato mediante o qual os conviventes constituíssem um vínculo onde se obrigassem ao respeito de determinados deveres, como os deveres conjugais. Tal deve-se ao facto não de ser imoral ou ilícito tal contrato, mas porque não seria válida a regulamentação contratual dos deveres pessoais do casamento, que apenas podem derivar da sua celebração (pp. 142 e segs.). Podem, assim, os conviventes regular livremente as suas relações patrimoniais (só havendo ilicitude se o acordo se destinar a estabelecer remunerações por prestações de ordem sexual), sujeitas ao Direito comum, sendo que o cumprimento de quaisquer deveres pessoais só surgiria espontaneamente. Considera o autor que nada proibe os conviventes de celebrar esses contratos, já que mesmo os cônjuges no ordenamento jurídico espanhol podem livremente contratar entre si (art. 1323.º do Cód. Civil espanhol). V. também, Carolina Mesa Marrero, *ob. cit.*, pp. 102 e segs., que admite, quando as partes não estipularem expressamente um contrato de coabitação, mas da convivência comum resultar o modo como pretendem regular as suas relações patrimoniais, um contrato tácito, cabendo aos tribunais a determinação do seu conteúdo. Neste sentido, v.,

Pelo exposto, e de um modo geral, não vemos razão, à luz da nossa ordem jurídica, para ferir de nulidade os contratos de coabitação quando visem regular as relações patrimoniais entre os conviventes¹⁷⁰².

Admitindo a regulamentação por contrato, sujeito às regras gerais do Direito das Obrigações, do regime da responsabilidade por dívidas, poderão os conviventes estipular o regime dos arts. 1690.º e segs., previsto para o casamento (até por mera remissão para o mesmo)?

A doutrina e jurisprudência portuguesas não abordam a questão (limitando-se a afastar em geral a aplicação analógica do referido regime, mas na falta de qualquer pacto entre os conviventes). Por seu lado, a doutrina e jurisprudência estrangeiras (sobretudo espanhola) têm-se pronunciado sobre o problema de saber se os conviventes podem, por contrato atípico, estipular um dos regimes de bens fixados para o casamento, dividindo-se quanto à solução.

Com efeito, há autores¹⁷⁰³ que rejeitam essa possibilidade, entendendo que o regime supletivo apenas está previsto para quem formaliza a sua união com base no casamento e qualquer um dos outros regimes de bens apenas pode estipular-se por convenção matrimonial. Ora, tal convenção apenas pode ser realizada por quem celebra o casamento (sendo, aliás, sua condição de eficácia) e desde que observado certo formalismo legal (escritura pública), além de estar sujeita a registo para produzir efeitos face a terceiros. Sujeitam, portanto, a estipulação de um dos regimes de bens às regras das convenções matrimoniais e não ao regime geral dos contratos. Assim, os

Aurora López Azcona, *La ruptura de las parejas de hecho, Análisis comparado legislativo y jurisprudencial*, Navarra, Aranzadi, 2002, pp. 42 e 43.

Não havendo disposições legais reguladoras dos contratos de coabitação, e aplicando-lhes as regras contratuais gerais, Chris Barton, *Cohabitation contracts*, England, Gower, 1985, pp. 37 e segs., refere, a propósito do ordenamento jurídico da Inglaterra, que a sua validade pode ser posta em causa por imoralidade, por afectarem o estatuto do casamento, por não haver intenção de criar uma relação legal ou por desigualdade das partes na liberdade de contratar. O mesmo autor, pp. 59 e segs., apresenta alguns exemplos de contratos de coabitação. O diminuto recurso aos contratos de coabitação é também referido por Lilian Edwards/Anne Griffiths, *ob. cit.*, p. 409, a propósito do ordenamento jurídico da Escócia.

¹⁷⁰² Do mesmo modo, Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 121. Referem os autores que serão válidas todas as cláusulas que, de acordo com o Direito comum, poderiam ser estipuladas por quaisquer pessoas nos seus contratos (um mandato, um pacto de preferência, uma cláusula de indivisão, uma prestação de garantia...). Mas é necessário que este contrato não exceda os limites da autonomia privada.

¹⁷⁰³ Jaime Vidal Martínez, “Aplicación del régimen de sociedad de gananciales a una relación y convivencia no matrimonial. Convenio económico. Validez (Comentario de urgencia a la sentencia de 21 de abril de 1986 de la Audiencia Provincial de Córdoba)”, *Revista General de Derecho*, ano XLII, n.º 504, 1986, pp. 4306-4317, María del Carmen Bayod López, “Parejas no casadas, capítulos matrimoniales y normas de régimen económico matrimonial”, *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, ano LXXI, n.º 626, 1995, pp. 136 e segs., Federico J. Cantero Núñez, *ob. e loc. cit.*, pp. 410-415, e M.ª del Carmen Corral Gijón, *loc. cit.*, ano LXXVII, n.º 664, 2001, pp. 563 e 564.

conviventes só pela realização de tal convenção poderiam estipular tais regimes e nunca por contrato atípico com efeitos limitados às partes¹⁷⁰⁴. Caso contrário, admitir-se-ia um regime de favor da união de facto face ao casamento, sendo até contrário à lei que estabelece o regime jurídico das convenções matrimoniais.

Outros, porém, não vêem inconvenientes na estipulação de um dos regimes matrimoniais, invocando o princípio da liberdade contratual¹⁷⁰⁵. Na união de facto não existe qualquer regime legal regulador das suas relações patrimoniais, ao contrário do que acontece no casamento onde, na falta de regime de bens estipulado, a lei fixa o regime supletivo de comunhão de adquiridos. Dentro dos limites legais nada impedirá os conviventes de regular as suas relações patrimoniais de acordo com um dos regimes de bens previstos para o casamento¹⁷⁰⁶.

À partida, parecer-nos-ia de defender esta última posição. De facto, as relações patrimoniais entre conviventes pautam-se pelas regras gerais e, desde que respeitados os limites legais, nada impede a estipulação de um dos regimes de bens previstos para o casamento. Não seria, por isso, de observar quaisquer requisitos legais previstos para a celebração de convenções matrimoniais, a que os contratos de coabitação não estão sujeitos. Porém, tal hipótese poderá representar fraude à lei, já que quaisquer pessoas poderiam, sem observância da forma legal, sem celebração de convenção matrimonial, sem vínculo jurídico resultante da celebração do casamento, reger-se por um dos regimes matrimoniais exactamente como os cônjuges¹⁷⁰⁷.

¹⁷⁰⁴ Sem prejuízo de se registar os direitos relativos a contratos específicos (venda, doação...) celebrados entre conviventes. A norma da liberdade contratual estaria limitada pela regra especial reguladora das convenções matrimoniais.

¹⁷⁰⁵ A. Fernando Pantaléon Prieto, "La autorregulación de la unión libre", *Poder Judicial*, n.º 4, 1986, pp. 122-125, G. Muñoz de Dios, "Régimen económico en las uniones extramatrimoniales", *La Ley*, n.º 2, 1987, pp. 1163-1167, Miguel López Muñoz Goñi, *ob. cit.*, p. 100, Modesto de Bustos Gómez-Rico, "Las relaciones personales y económicas entre los integrantes de la unión de hecho y frente a terceros", in AAVV, *Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho*, sob a direcção de Xavier O'Callaghan, Madrid, Consejo General del poder judicial, 1998, pp. 482 e 483, Jesus Estruch Estruch, "La liquidación de las relaciones patrimoniales en las uniones de hecho", *Revista General de Derecho*, ano LIV, n.º 644, 1998, pp. 5374 e 5375, Martín Garrido Melero, *Derecho de Familia. Un análisis del Código de Familia y de la Ley de Uniones Estables de Pareja de Cataluña y su correlación con el Código Civil*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1999, pp. 153 e 154, Carolina Mesa Marrero, *ob. cit.*, pp. 115 e 116, Ana María Pérez Vallejo, *loc. cit.*, p. 51, Teodora Torres García, "Régimen económico matrimonial y uniones de hecho", in AAVV, *Matrimonio y uniones de hecho*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, Aquilafuente, 2001, pp. 46 e 47 (ainda que não adopte uma posição muito clara sobre o assunto), e Lledó Yagüe, *et alii*, *ob. cit.*, p. 44.

¹⁷⁰⁶ O que não significa que na falta de pacto se determine por analogia a aplicação do regime previsto para o casamento. V., Carolina Mesa Marrero, *ob. cit.*, p. 116. G. Oberto, *ob. cit.*, pp. 262-272, distingue as relações internas entre os conviventes (onde pode estipular-se um regime de comunhão) e as relações externas com terceiros (onde a cláusula da comunicabilidade dos bens constante no contrato de coabitação não é suficiente para produzir efeitos relativamente a tais terceiros).

¹⁷⁰⁷ V., *infra*, pp. 739-743, o que se dirá a propósito da regulação das relações pessoais e a eventual admissibilidade de estipulação das mesmas nos contratos de coabitação.

Todavia, tal não impede os conviventes de regularem o regime da responsabilidade pelas dívidas que contraírem estipulando, nomeadamente, a responsabilidade comum das dívidas contraídas para ocorrer aos encargos normais da vida familiar. Além de vigorar o regime da liberdade contratual e nada na lei o proibir, as considerações acima feitas não se aplicam nesta matéria. Com efeito, as regras da responsabilidade por dívidas integram o regime patrimonial primário ou básico, aplicando-se qualquer que seja o regime de bens fixado e mesmo que nada tenha sido estipulado. É evidente que deverão os conviventes regular concretamente esse regime, ou seja, não bastará uma mera remissão para o disposto em matéria de responsabilidade por dívidas entre os cônjuges (arts. 1690.º e segs.). Com efeito, não estando reguladas as relações patrimoniais entre os conviventes, estes terão de determinar quais as dívidas que consideram próprias e quais as que consideram comuns e, sobretudo, qual o património ou patrimónios responsáveis pela dívida e em que termos (solidariedade ou conjunção).

Além disso, tratando-se de um contrato, como qualquer outro, apenas vincula as partes que nele intervêm, pelo que face a terceiros a responsabilidade pela dívida recairá, em princípio, sobre o convivente que a contraiu¹⁷⁰⁸. Nas relações internas entre os conviventes é que será de observar o estipulado contratualmente.

Não podemos deixar de fazer referência, quanto a esta questão, ao ordenamento jurídico francês e ao *Pacte Civil de Solidarité (PACS)*¹⁷⁰⁹. De facto, desde 1999, existe em França a possibilidade de duas pessoas, de sexo diferente ou do mesmo sexo, concluírem um contrato, celebrado por declaração conjunta das partes na secretaria do tribunal (art. 515.º-3 do Cód. Civil francês), para organizar a sua vida em comum (cfr., o art. 515.º-1 do Cód. Civil francês)¹⁷¹⁰. Como contrato que é (ainda que *sui generis*, de

¹⁷⁰⁸ Lledó Yagüe, *et alii*, *ob. cit.*, p. 44, chama a atenção para a insegurança jurídica que a ausência de publicidade de tais contratos pode gerar. V., o que se dirá *infra*, pp. 771 e segs., a propósito da teoria da aparência.

¹⁷⁰⁹ Inicialmente pensado para as uniões entre pessoas do mesmo sexo, que não podiam contrair casamento, não está a estas reservado.

¹⁷¹⁰ Esta comunhão de vida não se limita a uma simples coabitação, supondo uma residência comum e uma vida de casal, análoga à dos cônjuges. Por isso, o pacto não pode ser validamente celebrado entre parentes ou afins na linha recta, entre parentes até ao 3.º grau da linha colateral ou pessoas que, ambas ou apenas uma delas, estejam casadas ou ligadas por um PACS (art. 515.º-2 do Cód. Civil francês). A lei terá pretendido evitar o incesto ou a bigamia (V., Jean-François Pillebout, *Le PACS. Pacte Civil de Solidarité*, Paris, Litec, 2000, p. 12, e *Code Civil*, 100.ª ed., Dalloz, 2001, p. 462). No mesmo sentido, Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 115. Entendem os autores, a este propósito, que mal se compreende que duas lésbicas que vivam juntas possam firmar um pacto civil de solidariedade e beneficiar dos direitos dele decorrentes e o mesmo não seja permitido a duas irmãs que vivam em economia comum.

acordo com a generalidade da doutrina e jurisprudência francesas)¹⁷¹¹, está sujeito à aplicação das regras gerais relativas ao Direito das Obrigações, salvo na parte especificamente regulada nos arts. 515.º-1 e segs. do Cód. Civil francês, onde se prevê um regime muito próximo do disposto para os cônjuges¹⁷¹². De facto, com excepção da possibilidade que os “*partenaires*” têm de determinar o regime da titularidade dos bens (nomeadamente, fixar o regime da compropriedade ou a propriedade exclusiva de um deles relativamente aos bens adquiridos no decurso do PACS – art. 515.º-5 do Cód. Civil francês), as disposições dos arts. 515.º-1 a 515.º-7 do Cód. Civil francês têm carácter imperativo, não podendo ser afastadas pelas partes¹⁷¹³. É o caso, p. ex., da obrigação de ajuda mútua e material a que estão obrigados os conviventes (art. 515.º-4 do Cód. Civil francês).

Os arts. 515.º-4 a 515.º-6 do Cód. Civil francês regulam os efeitos patrimoniais do pacto¹⁷¹⁴. Os conviventes ficam obrigados a uma ajuda mútua e material que o pacto deve fixar, valendo, portanto, o princípio da autonomia da vontade (art. 515.º-4 do Cód. Civil francês), não podendo, porém, afastar esta obrigação¹⁷¹⁵. Caberá ao juiz, na análise do caso concreto, e na ausência de regulamentação das partes, definir os contornos desta ajuda em função da respectiva situação das partes.

Se nada for estipulado, e em matéria de dívidas, o art. 515.º-4, 2.º, do Cód. Civil francês, determina que os conviventes são solidariamente responsáveis perante terceiros pelas dívidas contraídas por um deles para as necessidades da vida corrente e para as despesas relativas à casa de morada comum. Este regime de solidariedade é em tudo idêntico ao fixado no art. 220.º do Cód. Civil francês para as dívidas contraídas pelos

¹⁷¹¹ Contra, v. p. ex., Philippe Jestaz, “Réflexions finales sur les personnes, la famille, les régimes matrimoniaux, les successions et les libertés”, in AAVV, *Le Code Civil (1804-2004). Livre du Bicentenaire*, Paris, Dalloz, 2004, p. 443, para quem o PACS se assume como uma instituição à qual deverá atribuir-se o nome de “*partenariat*”.

¹⁷¹² Françoise Dekeuwer-Défossez, “PACS et famille. Retour sur l’analyse juridique d’un contrat controversé”, *RTDC*, n.º 3, 2001, p. 532.

¹⁷¹³ Patrick Courbe, *ob. cit.*, p. 227.

¹⁷¹⁴ Um dos traços característicos é a ausência de efeitos pessoais. A realização de um PACS não implica qualquer obrigação de fidelidade ou cooperação, nem tem qualquer incidência no estado das pessoas. Apesar disso, a jurisprudência francesa já decidiu que a obrigação de vida em comum entre os conviventes que celebrem um PACS, estabelecida no art. 515.º-1 do Cód. Civil francês, implicará um dever de fidelidade dos mesmos conviventes (Tribunal de grande instance de Lille, de 5 de Junho de 2002, comentado por Xavier Labbé, “PACS *Hominibus*... ou l’infidélité entre homosexuels”, *Recueil Dalloz*, ano 179.º, n.º 8, 2003, pp. 515-518).

¹⁷¹⁵ Sendo certo que a todo o tempo podem deixar de a cumprir, por sua livre vontade, mediante a dissolução do pacto. V., Patrick Courbe, *ob. cit.*, p. 232. Esta ajuda moral e material é equiparada aos deveres de auxílio e de cooperação para os encargos familiares previstos nos arts. 212.º e 214.º do Cód. Civil francês a propósito do casamento.

cônjuges para ocorrer aos encargos normais da vida familiar (*dettes ménagères*)¹⁷¹⁶. Porém, há diferenças que importava esclarecer, ou seja, a não referência às dívidas relativas à educação dos filhos foi ou não intencional¹⁷¹⁷; a não estipulação do limite fixado no art. 220.º do Cód. Civil francês (despesas manifestamente excessivas) significará que qualquer dos conviventes pode responsabilizar o outro por dívidas que excedam tal limite?¹⁷¹⁸ Como refere alguma doutrina francesa, não seria inútil que a lei viesse explicar as modalidades dessa “ajuda mútua e material”, bem como os exactos contornos da solidariedade fixada entre os conviventes em relação às despesas correntes¹⁷¹⁹.

O regime da solidariedade impõe-se a terceiros, dado que a inscrição no registo torna o PACS oponível a terceiros (art. 515.º-3, 6.º, do Cód. Civil francês). Podem, por isso, estes exigir o pagamento da dívida a qualquer um dos conviventes. Relativamente às restantes dívidas, que não as previstas no art. 515.º-4 do Cód. Civil francês, são reguladas nos termos gerais, responsabilizando um ou ambos os conviventes se um ou ambos se obrigaram.

¹⁷¹⁶ Rémy Cabrillac, "Pas de contribution aux charges du ménage entre concubins : les règles des régimes matrimoniaux ne s'appliquent pas au concubinage", *Recueil Dalloz*, ano 177.º, n.º 6, 2001, p. 498, ao abordar o regime do PACS em matéria de dívidas, entende que, sendo o legislador francês racional, ao estabelecer essa obrigação de ajuda mútua, tê-la-á apenas querido para os conviventes que se sujeitam a um PACS e não aos que vivem meramente em *concubinage*, pelo que a dívida contraída por um dos conviventes, sem sujeição ao PACS, só a ele responsabilizaria, não havendo qualquer dever de contribuição para as dívidas relativas aos encargos normais da vida em comum. No mesmo sentido, Jean-Jacques Lemouland, "Mariage. Concubinage. Pacs", *Recueil Dalloz*, ano 178.º, n.º 7, 2002, p. 612. Referindo a semelhança da regulamentação do art. 514.º-2 do Cód. Civil francês com o art. 220.º do mesmo código, v., Frédérique Ferrand, "Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften in Frankreich", in AAVV, *Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften*, sob a direcção de Jürgen Basedow/Kaus J. Hopt/Hein Kötz/Peter Dopffel, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000, p. 133.

¹⁷¹⁷ Jean-François Pillebout, *ob. cit.*, p. 23, entende que as dívidas relativas à educação dos filhos não devem estar abrangidas pelo regime da solidariedade do art. 515.º-4 do Cód. Civil francês, já que o PACS não tem efeitos no domínio da filiação.

¹⁷¹⁸ A lei não remete para o regime do art. 220.º do Cód. Civil francês, ao contrário da coabitação legal do direito belga (desde 29 de Novembro de 1998) que refere as dívidas nascidas do casamento. V., Jacqueline Rubellin-Devichi, "Présentation de la loi adoptée le 13 octobre 1999 relative au PACS", *JCP* 1999.43.1910. Cornu, *Les régimes matrimoniaux...*, *cit.*, pp. 106 e 107, entende que o art. 220.º do Cód. Civil francês deve servir de base para determinar o que se entende pelas despesas a que o art. 514.º-4 do Cód. Civil francês se refere, nomeadamente, permitindo excluir da solidariedade as despesas manifestamente excessivas. Também Jean-François Pillebout, *ob. cit.*, p. 22, e Françoise Dekeuwer-Défossez, *loc. cit.*, p. 532, referem que os tribunais pautar-se-ão pelo art. 220.º do Cód. Civil francês para determinar as dívidas relativas às despesas da vida corrente.

Por outro lado, a lei refere as dívidas relativas ao "*logement commun*". Tal expressão implica que a solidariedade existe não apenas no caso das rendas ou empréstimos relativos à propriedade. As mensalidades pagas por um empréstimo contraído por um dos conviventes para aquisição da casa comum também responsabilizam solidariamente o outro. É evidente que em caso de excessos praticados por um dos conviventes não fica excluída a hipótese de recurso às regras da responsabilidade civil. Mas, além disso não excluir o regime de solidariedade pela dívida, a reparação pelo convivente responsável será duvidosa atenta a sua provável insolvabilidade.

¹⁷¹⁹ Philippe Jestaz, *ob. e loc. cit.*, p. 444.

Quanto à titularidade dos bens, o art. 515.º-5 do Cód. Civil francês dispõe que, salvo declaração em sentido contrário na convenção inicial, os bens móveis adquiridos a título oneroso no decurso do PACS são comuns. Os restantes bens adquiridos a título oneroso presumem-se comuns por metade, salvo se de outra forma for estipulado no acto de aquisição do bem¹⁷²⁰. Pode qualquer um dos conviventes, a todo o tempo e de acordo com as regras gerais (arts. 815.º e segs. do Cód. Civil francês), requerer a partilha dos bens indivisos.

O PACS extingue-se quando um dos sujeitos da relação morrer e pode ser dissolvido por mútuo consentimento ou por livre decisão de qualquer um deles. Nos termos do art. 515.º-6 do Cód. Civil francês são de aplicar as regras da partilha sucessória (art. 832.º do Cód. Civil francês) no caso de dissolução do PACS entre os conviventes¹⁷²¹.

Um outro problema, frequentemente colocado a propósito dos pactos de convivência, é o de saber se poderão também os conviventes regular as suas relações pessoais, estabelecendo mesmo deveres semelhantes aos deveres conjugais (arts. 1670.º e segs.)¹⁷²².

Mesmo as relações de ordem pessoal poderiam regular-se por contrato de coabitação. Com efeito, a união de facto está sujeita ao regime jurídico das obrigações pelo que daí

¹⁷²⁰ V., sobre esta matéria, Patrick Courbe, *ob. cit.*, pp. 232 e 233. Refere o autor que a indivisão será o regime maioritariamente escolhido para os bens móveis, ainda que se deva admitir que os conviventes possam, de acordo com o princípio da liberdade contratual, excluir um dado bem móvel do regime de indivisão no acto de aquisição do mesmo. Podendo alterar a todo o tempo a convenção inicial, também se deverá permitir que excluam um bem em concreto do regime determinado. No caso dos restantes bens, se nada for estipulado no acto de aquisição, o convivente que adquiriu o bem com dinheiro próprio sujeita-se a que o bem ingresse no regime de indivisão. Repare-se ainda que neste caso não há o mecanismo das compensações previsto para o regime de comunhão entre os cônjuges (quando muito poderá recorrer-se ao instituto do enriquecimento sem causa). Chamando a atenção para este problema, v., Philippe Jestaz, *ob. e loc. cit.*, pp. 450 e 451. Entende ainda este autor que o recurso ao instituto do enriquecimento sem causa pode também ficar comprometido dado que o convivente enriquecido pode sempre invocar como causa do seu enriquecimento a “ajuda mútua e material” que o PACS impõe aos conviventes. Sugere, assim, que face aos regimes matrimoniais existentes, o legislador francês não deve manter tão “*lamentable régime des pacsés*”.

Importa ainda referir que o art. 515.º-5 do Cód. Civil francês parece excluir qualquer cláusula que afaste a presunção de indivisão quanto aos bens adquiridos a título oneroso que não móveis, o que inviabiliza a adopção de uma espécie de separação de bens (Jean-François Pillebout, *ob. cit.*, p. 14 e pp. 30 e 31, que admite uma cláusula derogatória da presunção, mas chama a atenção para a discutibilidade da validade de tal cláusula).

¹⁷²¹ Sobre as dificuldades eventualmente surgidas na liquidação e eventual reparação pela ruptura, v., Patrick Courbe, *ob. cit.*, pp. 237 e 238. V. também, quanto à regulamentação prevista no PACS, Cornu, *Les régimes matrimoniaux...*, *cit.*, pp. 102-116, e Jacqueline Rubellin-Devichi, *ob. cit.*, pp. 416-432. Jean-François Pillebout, *ob. cit.*, pp. 91-94, chama a atenção para os problemas que podem surgir no momento da liquidação e partilha do PACS, mesmo com a regulamentação legal, por forma a evitar enriquecimentos de um dos conviventes face ao outro. Também Xavier Tracol, “The Pacte Civil de Solidarité (PACS)”, in AAVV, *Legal recognition of same-sex couples in Europe*, sob a direcção de Katharina Boele-Woelki/Angelika Fuchs, Antwerp-Oxford-New York, Intersentia, 2003, pp. 76-80, apresenta alguns dos problemas colocados pela celebração de PACS pelos conviventes.

¹⁷²² É evidente que a questão não diz directamente respeito ao problema aqui analisado, pelo que a ela faremos uma mera referência.

resultará uma ampla autonomia quanto aos contratos de coabitação, apenas limitada por normas de ordem pública e bons costumes (e a regulação dos efeitos pessoais da união de facto não parece afectar tais normas)¹⁷²³ e pelos direitos de personalidade (tornando inadmissível, p. ex., que um convivente se torne escravo do outro). A maioria da doutrina portuguesa não admite o contrato celebrado pelos conviventes mediante o qual estes assumam os deveres pessoais que a lei impõe aos cônjuges sem recorrerem à forma matrimonial. Isto porque, vigorando o princípio da tipicidade dos direitos familiares, só se admitem os negócios que a lei regula, não podendo, por contrato, criar-se um outro negócio paralelo e com as mesmas características¹⁷²⁴.

¹⁷²³ Contra, Geraldo da Cruz Almeida, *ob. cit.*, p. 211, ao referir que seria “contrário à ordem pública a convenção pela qual os conviventes se obrigassem a um dever recíproco de fidelidade (...)”. No mesmo sentido, v., Luc Mayaux, “Les contrats des concubins”, in AAVV, *Les concubinages – approche socio-juridique*, sob a direcção de Jacqueline Rubellin-Devichi, tomo II, Paris, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1986, p. 50.

Poderá haver violação da ordem pública, ou até ilicitude, quando se trate de regular os efeitos pessoais da união de facto entre pessoas do mesmo sexo. É que, neste caso, poder-se-ia criar, por via contratual, um “casamento” entre pessoas do mesmo sexo, não permitido na nossa ordem jurídica. Mas, tratando-se de união de facto entre pessoas de sexo diferente que vivam em condições análogas às dos cônjuges, não vemos que seja esta a razão para limitar a autonomia da vontade na regulação das suas relações.

¹⁷²⁴ V., por todos, Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 204 e 205.

Aliás, a doutrina estrangeira afasta, na generalidade, a regulação das relações pessoais dos contratos de coabitação. Assim, v., no direito francês, Catherine Noir-Masnata, *ob. cit.*, pp. 58 e 59, Françoise Alt-Maes, “La situation de la concubine et de la femme mariée dans le droit français”, *RTDC*, ano 82.º, n.º 4, 1983, p. 668, Jacqueline Rubellin-Devichi, “L’attitude du législateur contemporain face au mariage de fait”, *RTDC*, ano 83.º, n.º 3, 1984, p. 402, Jacques Charlin, “Le contrat de concubinage”, in AAVV, *Indépendance financière et communauté de vie, cit.*, p. 100, e Jean Hauser/Danièle Huet-Weiller/Jacques Ghestin, *ob. cit.*, pp. 187 e 188.

V., no direito italiano, Gazzoni, *ob. cit.*, pp. 117, 153 e 164, A. Trabbuchi, “Morte della famiglia o famiglia senza famiglia?”, *Rivista di Diritto Civile*, ano XXXIV, I, 1988, pp. 24 e segs., Massimo Franzoni, *loc. cit.*, p. 740, R. Tommasini, *ob. e loc. cit.*, p. 517, Bruno de Filippis, *ob. cit.*, pp. 368 e 369, defendendo as convenções entre os conviventes onde regulem as suas relações patrimoniais (chamando também a atenção para a importância de existir um modelo legal de convivência que o conviventes poderiam depois alterar por contrato – pp. 385-391), Michele Sesta, *Diritto di Famiglia*, Padova, Cedam, 2003, p. 348, e M. Sgroi, *ob. e loc. cit.*, p. 277 e pp. 305-308, que limita o âmbito de tais contratos às relações patrimoniais, alegando, nomeadamente, a sujeição da união de facto às regras do direito dos contratos. Ou seja, o art. 1321.º do Cód. Civil italiano limita a matéria de regulação contratual às questões de ordem patrimonial, pelo que estará excluída a regulação de deveres pessoais. Em sentido contrário, v., Falzea, “Problemi attuali della famiglia di fatto”, in AAVV, *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1988, p. 52, Franco Angeloni, *ob. cit.*, pp. 515-518, e Sérgio Alagna, “Famiglia di fatto e famiglia di diritto a confronto: spunti in tema di rapporti bancari”, *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, vol. XXX, n.º 1, 2001, p. 291.

No direito espanhol, v., Eduardo Estrada Alonso, *ob. cit.*, pp. 148 e 149 e p. 155, Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida, *et alii*, *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Familia, cit.*, vol. II, p. 14 e pp. 17 e 18, Eduardo Serrano Alonso, *Manual de Derecho de Familia, cit.*, p. 174, e Carolina Mesa Marrero, *ob. cit.*, pp. 103 e 104. Ana María Pérez Vallego, *ob. cit.*, pp. 76 e segs., pelo contrário, admite a regulação contratual dos deveres conjugais entre os conviventes. As legislações das comunidades de Valencia e Madrid (ao contrário de todas as outras legislações autónomas) apenas admitem a regulação por contrato das relações patrimoniais dos conviventes. A de Madrid sanciona mesmo com a nulidade o pacto cujo objecto seja exclusivamente pessoal ou que afecte a intimidade dos conviventes (art. 4.º, n.º 4).

No direito alemão, Dieter Giesen, *ob. cit.*, p. 246, entende que a regulamentação contratual de aspectos da esfera pessoal e privada não gera qualquer dever coercível. Os contratos que regulem as relações pessoais, fixando, p. ex., o dever de fidelidade, de

Todavia, só se situássemos os contratos em causa no âmbito do Direito da Família é que teríamos de atender à problemática da tipicidade das relações jurídico-familiares. Sendo os contratos jurídicos familiares típicos estaria liminarmente excluída a possibilidade de celebração de um contrato que criasse relações dessa natureza. Mas, como já referimos, não é a união de facto uma relação jurídica familiar nem os contratos celebrados pelos conviventes estão sujeitos ao Direito da Família¹⁷²⁵.

Em todo o caso, resultando os direitos/deveres conjugais, por lei, da celebração do casamento, e apenas deste, há quem entenda tratar-se de direitos indisponíveis, não estando na livre disponibilidade das partes a sua criação por força de um qualquer contrato atípico¹⁷²⁶. As relações pessoais estarão, portanto, fora do comércio jurídico, não podendo ser objecto de contratos.

Em todo o caso, as partes, dentro do princípio da liberdade contratual (art. 405.º), podem fixar livremente o conteúdo dos seus contratos, dentro dos limites da lei. Assim, só se nos afigura contrário à lei (arts. 280.º e 281.º) aquele contrato que, regulando as relações pessoais, fixe determinados deveres ou prestações que consistam em serviços

cooperação... não têm qualquer eficácia, não havendo sanção para o incumprimento. Thomas Rauscher, *ob. cit.*, pp. 494 e 495, exclui dos contratos de coabitação (“*Partnerschaftverträge*”) a regulação das relações pessoais.

Mesmo a regulamentação do Quebeque, que abertamente admite os contratos de coabitação entre os conviventes, reguladores das suas relações, restringe-os às relações patrimoniais, deixando de fora as relações de carácter pessoal (Edith Deleury, “Les contrats entre concubins au Québec et au Canada”, in AAVV, *Indépendance financière et communauté de vie, cit.*, p. 180).

¹⁷²⁵ Neste sentido, Chris Barton, *ob. cit.*, p. 37.

Se assim fosse, ser-lhes-ia também aplicáveis as regras relativas à livre revogabilidade das doações, o princípio da imutabilidade... o que não se concebe.

Aliás, a própria lei regula, no art. 1911.º, n.º 3, efeitos pessoais da união de facto equiparando-a ao casamento. Não vemos porque face aos filhos os deveres possam ser iguais ao casamento e entre os conviventes não possam regular-se os mesmos deveres que entre os cônjuges.

¹⁷²⁶ Neste sentido, Modesto de Bustos Gómez-Rico, *loc. cit.*, pp. 435 e 436, Carolina Mesa Marrero, *ob. cit.*, p. 38 e pp. 103 e 104, e Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida, *et alii*, *Elementos de Derecho Civil. Familia, cit.*, p. 298. Referem os autores que os deveres legais de fidelidade, respeito, cooperação e assistência mútua que se impõem aos cônjuges são próprios do casamento e não podem acordar-se entre os conviventes, o que não evita que estes cumpram tais deveres voluntariamente. Aliás, o cumprimento espontâneo de tais deveres é importante para que a convivência se considere estável e, por isso, se apresente como uma união de facto com efeitos jurídicos. V. também, Eduardo Estrada Alonso, *ob. cit.*, pp. 56-59, Federico J. Cantero Núñez, *ob. e loc. cit.*, pp. 372-375 (entendendo que o que está em causa é a própria dignidade da pessoa, já que a pessoa e as suas relações pessoais são realidades fora do comércio jurídico), e Lledó Yagüe, *et alii*, *ob. cit.*, p. 41. No direito italiano, v., Michele Sesta, “As transformações do Direito da Família italiano no quadro da evolução dos ordenamentos europeus”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXVIII, 2002, pp. 229 e 230, e p. 237 (referindo, porém, a importância do cumprimento voluntário de tais deveres), e M. Sgroi, *ob. e loc. cit.*, p. 306. Mesmo Francesco Prosperi, *La famiglia non fondata...*, *cit.*, p. 256, que admite a aplicação por analogia de algumas normas do casamento à união de facto, afasta claramente dessa aplicação os deveres conjugais, por estarem directamente ligados apenas ao casamento. Neste sentido, Gernhuber/Coester-Waltjen, *ob. cit.*, § 43, II, 2, pp. 497 e 498, que admite a aplicação das normas matrimoniais relativas à transferência de bens no casamento, mas afasta, p. ex., a aplicação do § 1357.º do BGB que, ainda que se refira aos negócios relativos às despesas normais da vida familiar, assenta na relação de confiança e de cooperação entre os cônjuges, não sendo de aplicar à união de facto.

sexuais de uma das partes para com a outra, dado que atentaria contra a dignidade da pessoa e contra a moral e bons costumes¹⁷²⁷. Por isso, tais contratos reguladores das relações pessoais só poderiam considerar-se ilícitos atendendo o fim da sua realização (se fosse para manter ou remunerar relações sexuais). Não se verificando tal situação nada parece impedir que as partes estipulem deveres recíprocos de coabitação, semelhantes aos deveres conjugais. O incumprimento de tais deveres não acarretará, em princípio, qualquer sanção legal (ao contrário do que acontece no casamento), podendo apenas gerar a dissolução da união de facto, salvo se as partes estipularem de forma diferente¹⁷²⁸.

Todavia, entendemos que os deveres conjugais estão directamente ligados à celebração do casamento e à existência, desse modo, de um vínculo jurídico do qual decorrem direitos e deveres. De facto, os deveres conjugais decorrem do vínculo jurídico e não da convivência comum¹⁷²⁹.

A única razão que nos levaria a afastar a estipulação, por contrato, de deveres entre os conviventes semelhantes aos deveres conjugais, resulta do facto de, na realidade, a estipulação contratual de tais deveres, paralelamente a outras cláusulas reguladoras de questões patrimoniais, poder implicar a criação de um contrato em tudo idêntico ao casamento, mas sem os requisitos formais e materiais do mesmo. Ou seja, sem qualquer formalismo e sem a observação das regras da existência e validade do casamento,

¹⁷²⁷ Neste sentido, Catherine Noir-Masnata, *ob. cit.*, p. 58, e Carolina Mesa Marrero, *ob. cit.*, p. 108. Também Franco Angeloni, *ob. cit.*, pp. 519 e 520.

¹⁷²⁸ A imposição de sanções penais no caso de incumprimento pode considerar-se uma forma de limitar a livre dissolução da união de facto. Porém, é também a liberdade contratual que justifica que as partes, de acordo com a sua vontade, limitem a sua liberdade, não cabendo à lei restringir essa vontade. E se essa vontade faltar ou estiver viciada poderá implicar a invalidade do negócio nos termos gerais. Não vemos razão para estabelecer um regime diferente do previsto para qualquer negócio pela única razão de as partes estarem ligadas por uma união de facto.

Ana María Pérez Vallego, *ob. cit.*, p. 89, considera mesmo que o cumprimento dos deveres fixados por contrato corresponde a uma obrigação natural que no momento da ruptura se torna em obrigação jurídica, gerando uma indemnização por incumprimento contratual.

Também França Pitão, *ob. cit.*, pp. 108 e segs., defende que entre os conviventes podem produzir-se efeitos decorrentes de deveres recíprocos, quer resultantes do normal relacionamento entre as pessoas, quer mesmo derivados da especial situação em que os membros da união de facto vivem. Tais deveres nunca terão, continua o autor, o grau de intensidade que se verifica a nível do casamento, na medida em que não se encontram regulamentados e a sua violação não implica sanção legal. Apresenta, assim, o autor os deveres conjugais como tendo relevo no âmbito da união de facto, muito embora o seu cumprimento seja voluntário. Porém, no caso de incumprimento dos deveres recíprocos admite o recurso às regras da responsabilidade civil (arts. 483.º e segs.). Considera indemnizáveis os danos patrimoniais sofridos por um dos conviventes por facto praticado pelo outro, com dolo ou mera culpa, e os danos não patrimoniais sofridos por um por facto voluntário imputável ao outro (art. 496.º, n.º 1).

¹⁷²⁹ Razão pela qual rejeitamos qualquer analogia, sobre esta questão, com o casamento. Neste sentido, Massimo Franzoni, *loc. cit.*, p. 740. Contra, entendendo que a comunhão de vida que está na base do casamento e da união de facto justifica a estipulação por acordo dos mesmos deveres (ainda que nunca impostos por lei), Ana María Pérez Vallego, *ob. cit.*, pp. 76 e 77.

permitir-se-ia a constituição de um casamento de “segundo grau”, com notória fraude à lei¹⁷³⁰. Bastaria um contrato atípico onde se regulassem as relações pessoais entre conviventes como no casamento, para facilmente, por esta via, se atribuir efeitos, que as partes podem estipular, a uniões que nunca poderão constituir um vínculo matrimonial. Pense-se, p. ex., nas uniões entre pessoas do mesmo sexo ou uniões com algum impedimento ao casamento. Ou, por outro lado, aquelas uniões onde os conviventes podem casar-se, mas não o fazem para não ficarem vinculados a certos deveres que o vínculo jurídico impõe e, por contrato, estipulam deveres conjugais, numa espécie de escolha do que interessar. Seria permitir que quaisquer pessoas pudessem assumir por mero contrato os deveres impostos por lei para os cônjuges e que derivam do vínculo jurídico assumido.

Não podemos, em todo o caso, deixar de manifestar a nossa posição no sentido da preferência de tal possibilidade face à ausência de qualquer regulamentação. Ou seja, talvez seja preferível que os conviventes, porque assim o entendem e querem, sujeitem a sua união a certos deveres recíprocos que a lei estabelece para o casamento, do que nada disporem sobre as suas relações pessoais. Tal regulamentação denota a estabilidade e o vínculo que se estabeleceu entre os conviventes tendente a uma união de vida. Além disso, a estipulação de tais deveres entre os conviventes apenas os obriga a eles, nas suas relações internas, não defraudando quaisquer interesses alheios. E não nos parece que o casamento como instituição saia afectado com tal possibilidade.

2.2 Da ausência de regulamentação (contratual e legal)

Para a resolução legal dos problemas patrimoniais da união de facto podem apresentar-se três soluções¹⁷³¹: a regulamentação da união de facto mediante a sua

¹⁷³⁰ Neste sentido, Miguel López Muñoz Goñi, *ob. cit.*, p. 108. V., chamando a atenção para os perigos do “*contrat d’union civile ou sociale*”, Laurent Leveneur, “Les dangers du contrat d’union civile ou sociale”, *JCP* 1997.50.4069, pp. 513-515.

Em sentido contrário, v., a posição adoptada pelas legislações autónomas da Catalunha (arts. 3.º e 22.º da Lei 10/1998, de 15 de Julho), Aragão (art. 5.º da Lei 6/1999, de 26 de Março), Baleares (art. 4.º da Lei 18/2001, de 19 de Dezembro) e Navarra (art. 5.º da Lei Foral 6/2000, de 3 de Julho), que admitem a regulação, por contrato, das relações pessoais e patrimoniais entre os conviventes. Para a legislação catalã, v., Martín Garrido Melero, *ob. cit.*, em especial, pp. 103 e 104, e para a balear, v., María Lipar Ferrer Vanrell, “El “régimen económico” en la Ley 18/2001, de 19 de Diciembre, de parejas estables, del Parlamento Balear”, in AAVV, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, *cit.*, pp. 4599-4602.

¹⁷³¹ V., Eduardo Estrada Alonso, *ob. cit.*, pp. 120 e segs., Sofia Oliveira Pais/António Frada de Sousa, “A união de facto e as uniões registadas de pessoas do mesmo sexo – uma análise de direito material e conflitual”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 59.º, II, 1999, pp. 695 e segs., e Carolina Mesa Marrero, *ob. cit.*, pp. 67. V. também, numa abordagem de alguns ordenamentos

equiparação ao casamento, como relação jurídica familiar¹⁷³², a regulamentação da união de facto mediante normas próprias e específicas¹⁷³³, ou a não consideração da união de facto como fonte autónoma de relações jurídicas familiares, não obstante ser objecto de intervenções pontuais do legislador. Em Portugal, como em outros estados europeus, é esta última solução a adoptada. No nosso ordenamento jurídico são várias as disposições legislativas que visam expressamente a tutela dos unidos de facto¹⁷³⁴. Ora, nenhuma delas regula a matéria da responsabilidade por dívidas na união de facto. A Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, nem sequer se pronuncia sobre o problema¹⁷³⁵. Duas soluções se perfilam: ou se admite a aplicação analógica das normas reguladoras das relações patrimoniais do casamento ou se considera que tal aplicação não é admissível, caso em que a solução se encontrará no regime geral do Direito comum¹⁷³⁶.

jurídicos, Hélène Gaudemet-Tallon, "La désunion du couple en Droit International Privé", *Recueil des Cours. Academie de Droit International*, tomo 226.º, I, 1991, pp. 158 e segs., e Miquel Martín Casals, "Las parejas de hecho en el Derecho europeo: realidades, variantes y perspectivas", in AAVV, *Puntos capitales de Derecho de Familia en su dimensión internacional*, Asociación Española de Abogados de Familia, Madrid, Dykinson, 1999, pp. 168 e segs.

¹⁷³² Dá-se relevo jurídico à união de facto como um verdadeiro casamento, abrangendo, portanto, o conceito de casamento duas realidades: o casamento formal e o casamento *solo consensu*. Foi esta a solução seguida em certos sistemas anglo-saxónicos em relação ao *common law marriage*, na China relativamente aos casamentos não registados e na antiga União Soviética quanto aos casamentos de facto (sendo certo que nestes casos deve haver uma vontade de casar apesar da falta de formalismo, não correspondendo, por isso, inteiramente ao conceito de convivência *more uxorio* à qual se vem atribuindo efeitos jurídicos – v., Donald Poirier, *La famille*, Canada, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1998, p. 28). A propósito do casamento *by cohabitation with habit and repute*, pode ler-se Luis Arechederra Aranzadi, "Matrimonio *by cohabitation with habit and repute* en Escocia *outer house (Court of Session) Dewar v. Dewar* (17 agosto 1994)", in AAVV, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, cit., pp. 4373 e segs. Como nos dá conta Nuno de Salter Cid, *A comunhão de vida...*, cit., pp. 43-46, também os ordenamentos jurídicos de alguns países latino-americanos, como a Bolívia, as Honduras, o Panamá e o Paraguai, bem como a Guiné-Bissau, Cabo Verde e Angola equiparam a união de facto reconhecida a um casamento *solo consensu*.

¹⁷³³ Trata-se de "casamentos de segundo grau" que, sendo fonte autónoma de relações jurídicas familiares, não são equiparados ao casamento formal, apresentando-se num plano inferior. Tal tratamento jurídico autónomo conferido às uniões de facto é utilizado pela legislação de algumas comunidades autónomas de Espanha (como a Catalunha, Madrid, Navarra...) e por alguns ordenamentos jurídicos sul-americanos, como o Brasil, Guatemala... [v., sobre a regulamentação da união de facto em alguns estados latino-americanos, Peter Bluttner, *Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft in Panama und anderen lateinamerikanischen Staaten*, Berlin, 1992, distinguindo os estados que conferem à união de facto um estatuto legal igual ou semelhante ao casamento (pp. 4-193), aqueles que reconhecem à união de facto alguns efeitos semelhantes ao casamento (em matéria de regime de bens e sucessões – pp. 194-244) e os que apenas conferem alguns efeitos jurídicos à união de facto (pp. 245-287)]. O mesmo acontece nos países nórdicos (Suécia, desde 1988; Dinamarca, desde 1989; Noruega, desde 1993; Holanda, desde 1998, altura em que foram aprovadas as respectivas leis reguladoras da convivência comum), bem como na Austrália (*De Facto Relationships Act*) e Canadá (*Family Law Act*, de Ontário).

¹⁷³⁴ Para uma análise geral desses efeitos, v., Sofia Oliveira Pais/António Frada de Sousa, *loc. cit.*, pp. 703-706, e Telma Carvalho, *ob. e loc. cit.*, pp. 248-253.

¹⁷³⁵ Nem por mera remissão como faz em relação a outras matérias.

¹⁷³⁶ Ou num eventual regime especial previsto para a união de facto e regulador de todas as relações patrimoniais. Excluimos esta hipótese pela razão de não haver qualquer regulamentação em matéria de dívidas contraídas pelos conviventes. Além disso, a existência de tal regime, sem que as partes tenham exprimido a sua vontade em sujeitarem-se ao mesmo, pode implicar uma

Considerando que a união de facto assenta numa comunhão de vida que é também a base do casamento, então deveriam as duas realidades ter a mesma tutela jurídica. A nossa jurisprudência¹⁷³⁷ e doutrina¹⁷³⁸, bem como a da maioria dos países europeus¹⁷³⁹,

violação na sua esfera de liberdade e, paralelamente, desvalorizar a regulamentação da família assente no casamento. V., M. Sgroi, *ob. cit.*, pp. 279 e 280.

¹⁷³⁷ V., p. ex., o Parecer da Procuradoria Geral da República, de 18.03.1982 (*loc. cit.*); e os ac. do STJ, de 21.11.1985 (*loc. cit.*); da RL, de 25.10.1983 (*loc. cit.*); e de 19.12.1985 (*loc. cit.*); e da RE, de 26.01.1984 (*loc. cit.*).

¹⁷³⁸ Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 105 e 112. V. também, Antunes Varela, *Direito da Família, cit.*, p. 33 e pp. 160 e 161, Helena Mota, “O problema normativo da família. Breve reflexão a propósito das medidas de protecção à união de facto adoptadas pela Lei n.º 135/99, de 28 de Agosto”, in AAVV, *Estudos em Comemoração dos cinco anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Porto, Coimbra Editora, 2001, pp. 541 e 542, e M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, “Novas sobre a união “more uxorio” em Portugal”, in AAVV, *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2002, pp. 1404 e 1405.

¹⁷³⁹ V., no direito francês, Philippe Malaurie, “Mariage et concubinage en droit français contemporain”, *Archives de Philosophie du Droit*, n.º 20, 1975, pp. 25 e segs., Catherine Noir-Masnata, *ob. cit.*, pp. 30-32, Bernard Demain, *ob. cit.*, p. 9, Henri Mazeaud, *et alii*, *Leçons de Droit Civil. La famille, cit.*, pp. 47 e 48, Jean Carbonnier, *Droit Civil. La famille...*, *cit.*, pp. 680 e 681, Jacqueline Rubellin-Devichi, *ob. cit.*, p. 391, Cornu, *Droit Civil. La famille*, 8.ª ed., Montchrestien, LGDJ, 2003, p. 85, e Patrick Courbe, *ob. cit.*, p. 218. No direito italiano, v., Gazzoni, *ob. cit.*, pp. 21 e 25, Raffaele Tommasini, “Riflessioni in tema di famiglia di fatto: limiti di compatibilità e affidamento per la convivenza”, *Rivista di Diritto Civile*, ano XXX, II, 1984, pp. 268 e 269, e “Famiglia di fatto”, *ob. e loc. cit.*, pp. 503-505, Alberto Trabucchi, “Morte della famiglia...”, *loc. cit.*, pp. 24 e segs., Antonio Segreto, *loc. cit.*, p. 851, Busnelli/Santilli, *ob. e loc. cit.*, pp. 794 e 795 e p. 800 (ainda que admita a aplicação de alguns princípios reguladores das relações entre cônjuges), Giampiero Panico, “Sull’esperibilità dell’azione di ingiustificato arricchimento nel caso di cessazione della convivenza *more uxorio*”, *Giur. It.*, ano 149.º, IV, 1997, p. 258, Franco Angeloni, *ob. cit.*, pp. 500-502, Bruno de Filippis, *ob. cit.*, pp. 349 (ao referir que a extensão da aplicação das normas do casamento à união de facto não é possível, salvo se houver expressa previsão legal nesse sentido) e 367, A. Galasso, *ob. cit.*, pp. 29-31, e M. Sgroi, *ob. e loc. cit.*, pp. 275 e 276. No direito espanhol, v., Eduardo Estrada Alonso, *ob. cit.*, pp. 131 e 169, Victor Ferreres Comella, *loc. cit.*, pp. 171-173, Miguel López Muñoz Goñi, *Las uniones para matrimoniales ante los procesos de familia*, 2.ª ed., Madrid, Editorial Colex, 1997, pp. 63-89 e pp. 97-99 (com uma análise jurisprudencial), Jesus Estruch Estruch, *loc. cit.*, p. 5382, M.ª Dolores Díaz-Ambrona Bardají/Francisco Hernández Gil, *ob. cit.*, pp. 83 e 84, Carolina Mesa Marrero, *ob. cit.*, pp. 113 e 114, pp. 118-120 e pp. 183-189, Federico J. Cantero Núñez, *ob. e loc. cit.*, pp. 394 e 395, Aurora López Azcona, *ob. cit.*, pp. 38-41, Lledó Yagüe, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 42 e 43, José Manuel González Porras, “Parejas no casadas”, in AAVV, *Curso de Derecho Civil...*, *cit.*, sob a direcção de Francisco Javier Sánchez Calero, p. 260, e Róman García, *El matrimonio y su economía (Régimen económico matrimonial legal y regímenes convencionales)*, Madrid, Centro de Estudios, Fundacion Beneficentia et peritia iuris, 2004, pp. 178-180. A jurisprudência espanhola frequentemente rejeita o recurso à analogia (v., as decisões dos tribunais espanhóis apresentadas por Natalia Alvarez Lata, *loc. cit.*, pp. 17-26). J. Gavidia Sanchez, “La libertad de elección...”, *loc. cit.*, pp. 76-78, rejeita a analogia, mas admite a aplicação directa de normas relativas não ao casamento mas aos familiares, invocando a esse propósito decisões na Alemanha, do *Bundesverfassungsgericht* e do *Bundesgerichtshof*, que aplicavam à união de facto a regra que concedia aos familiares do arrendatário o direito à sub-rogação no arrendamento e não a que concedia o mesmo direito ao cônjuge. No direito alemão, v., Hausmann, *Nichteheliche Lebensgemeinschaften und Vermögensausgleich*, München, C. H. Beck, 1989, pp. 41-44, Dieter Giesen, *ob. cit.*, pp. 240-244, e Shwab, *ob. cit.*, p. 352, ainda que, pontualmente, certos efeitos do casamento sejam também atribuídos à união de facto (p. ex., quanto ao direito de habitação, em matéria de arrendamento, etc. - pp. 353 e 354). Thomas Rauscher, *ob. cit.*, p. 484, nega a analogia com os efeitos do casamento, mas admite-a para aqueles efeitos jurídicos que não foram apenas pensados para os cônjuges (p. 485), tendo em vista a vida em comum (p. 488). Neste sentido, Uwe Diederichsen, “Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im Zivilrecht”, *NJW*, ano 36.º, n.º 19, 1983, p. 1019, e “Rechtsprobleme der nichtehelichen Lebensgemeinschaft”, *FamRZ*, ano 35.º, n.º 9, 1988, p. 891, e Martin Lipp, *ob. cit.*, p. 7. A doutrina e jurisprudência alemãs afastam a aplicação por analogia da disposição do § 1357.º do BGB, relativa às despesas correntes e ao dever de contribuição dos cônjuges, pelo que as dívidas contraídas para ocorrer às necessidades ordinárias só obrigam o convivente contraente e o seu património (salvo, se se aplicarem as regras gerais da representação). A não aplicação do § 1357.º do BGB aos conviventes reside no facto de a norma em causa visar o casamento,

manifesta-se contra a aplicação analógica. De facto, não será de invocar o princípio da igualdade dado que não se trata de situações idênticas (desde logo, pela ausência de

atendendo a que esta responsabilidade solidária pelas dívidas aí em causa tem como paralelo todos os outros direitos e deveres do casamento (Soergel-Lange Nehel LG Rdn. 20, p. 1353, Staudinger, *ob. cit.*, §§ 1303.º-1363.º, § 1357 Rdn. 25, p. 559, Martin Lipp, *ob. cit.*, p. 62, e Jan Dirk Harke, “Schlüsselgewalt als Versionshaftung”, *FamRZ*, ano 53.º, n.º 2, 2006, pp. 88 e 91, que referem que, de igual modo, o paralelo dever de sustento previsto no § 1360.º do BGB não se aplica à união de facto). Isto ainda que um regime idêntico ao do referido § 1357.º do BGB possa resultar da aplicação das regras gerais, nomeadamente, do § 277.º do BGB (Thomas Rauscher, *ob. cit.*, p. 485). Uwe Diederichsen, “Die nichteheliche Lebensgemeinschaft...”, *loc. cit.*, p. 1019, afasta a aplicação do referido § 1357.º do BGB, mas entende que idêntica responsabilidade pode resultar do comportamento de mera tolerância (semelhante ao previsto entre nós no art. 1681.º, n.º 3, do Cód. Civil). Também MünchKomm - Wacke, § 1357 Rdn. 14, p. 224, entende que a aplicação do regime do § 1357.º do BGB à união de facto decorre desse comportamento de tolerância.

V. também, quanto aos países da Europa ocidental, Rainer Frank, “The Status of Cohabitation in the Legal Systems of West Germany and Other West European Countries”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. XXXIII, n.º 2, 1985, p. 197.

É a doutrina italiana que mais se inclina para a aplicação analógica do direito matrimonial à união de facto. Admitindo, em geral, a aplicação analógica das normas do direito matrimonial, salvo aquelas cuja razão assenta no formalismo matrimonial, pronunciou-se Francesco Prospero, *La famiglia non fondata...*, *cit.*, pp. 245 e 246, mantendo a sua posição, apesar das críticas, em “A proposito di una recente monografia in tema di “famiglia di fatto””, *Rassegna di Diritto Civile*, n.º 1, 1984, pp. 191 e 192, pp. 199 e 200, e p. 206. V. também, Marina Santilli, *loc. cit.*, p. 788, que entende haver violação do princípio da igualdade no caso de não aplicação das mesmas normas relativas ao casamento. V., para uma análise de alguma jurisprudência relativa à (não) aplicação das regras do casamento, nomeadamente, do regime da comunhão legal, Luigi Balestra, *ob. cit.*, pp. 142 e segs.

Alguns jurisprudências dos E.U.A. começa a estender à união de facto o regime patrimonial do casamento. Como refere Susan Westerberg Prager, “Sharing principles and the future of marital property law”, *UCLA Law Review*, vol. 25, n.º 3, 1978, p. 21, é a similitude de características entre a união de facto e o casamento que justifica a aplicação dos princípios que regulam as relações patrimoniais entre os cônjuges à união de facto. Tal como no casamento também na união de facto a convivência e os comportamentos das partes fazem nascer expectativas de participação nos respectivos patrimónios que devem ser protegidas pela lei. O mesmo é referido, a propósito do Japão, por Ichiro Shimazu, “Legal Response to Formal and Informal Marriage in Japan”, in AAVV, *Marriage and cohabitation in Contemporary Societies*, sob a direcção de John M. Eekelaar/Sanford N. Katz, Toronto, Butterworths, 1980, p. 191. Antony W. Dnes, “Cohabitation and marriage”, in AAVV, *The Law and Economics of Marriage and Divorce*, sob a direcção de Antony W. Dnes/Robert Rowthorn, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 122 e 123, reporta que muitas mulheres inglesas e americanas consideram que o facto de viverem em comum as coloca numa situação semelhante ao casamento com os mesmos direitos, nomeadamente ao nível patrimonial. Também na Holanda se verifica uma tendência de aplicação à união de facto de algumas normas do direito matrimonial, nomeadamente, em matéria de dívidas relativas ao sustento do lar (v., A. M. van de Wiel, “Cohabitation outside Marriage in Dutch Law”, in AAVV, *Marriage and cohabitation...*, *ob. cit.*, pp. 216 e segs.).

Por sua vez, Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida, *et alii*, *Elementos de Derecho Civil. Familia*, *cit.*, pp. 296 e 299, admitem, no ordenamento jurídico espanhol, para resolução de problemas concretos e em casos excepcionais, o recurso à analogia *iuris*, ainda que neguem a aplicação analógica em geral das regras do casamento. E a jurisprudência espanhola já decidiu nesse sentido (v., p. ex., as decisões citadas em Teodora Torres García, *ob. e loc. cit.*, p. 50). De igual modo, A. López/V.L. Montés/E. Roca, *et alii*, *ob. cit.*, p. 36, e Ana María Perez Vallejo, *ob. cit.*, pp. 32-37. Víctor Reina/Josep María Martinell, *ob. cit.*, pp. 43 e 47, e *Curso de derecho matrimonial*, Madrid, Marcial Pons, 1995, pp. 75 e 77, admitem expressamente o recurso à analogia com o casamento para resolução dos problemas colocados no domínio da união de facto. Gernhuber/Coester-Waltjen, *ob. cit.*, § 43, II, 2, pp. 497 e 498, admitem, em certos casos, a aplicação por analogia das regras relativas ao casamento [p. ex., quanto às despesas domésticas deverá aplicar-se a presunção de propriedade, com vista à protecção do credor, estando em causa bens móveis, prevista no § 1362.º do BGB (contra, afastando a aplicação por analogia do § 1362.º do BGB, v., Marina Wellenhofer, “Familienrecht. Keine analoge Anwendung von § 1362 BGB auf nichteheliche Lebensgemeinschaft”, *JuS*, n.º 6, 2007, pp. 591-593). O mesmo defende Uwe Diederichsen, “Rechtsprobleme der nichtehelichen...”, *loc. cit.*, p. 891, em relação à obrigação prevista no § 1359.º do BGB, atendendo à estreita vida em comum estabelecida entre os conviventes e evitando, assim, a posição de privilégio em que se colocariam os conviventes face aos cônjuges em situações de facto idênticas].

vínculo jurídico na união de facto) e merecedoras da mesma tutela jurídica. Como refere M.^a Rita Lobo Xavier, justifica-se a diferença de tratamento entre a união de facto e o casamento pelo próprio estatuto legal da união de facto. “Resulta da disciplina patrimonial do casamento a imposição legal de uma solidariedade patrimonial concretizada no dever de assistência (dever de contribuir para os encargos normais da vida familiar), no dever de cooperação recíproca, na responsabilidade comum por dívidas, nomeadamente as contraídas para acorrer aos encargos normais da vida familiar (...). Nada disso acontece com os companheiros em união de facto. (...) Não se prevêm direitos e deveres recíprocos entre essas pessoas, não se fazem exigências de solidariedade, de cooperação e de responsabilidade (...). Os litígios de natureza patrimonial entre os companheiros dependem das soluções que a jurisprudência vai encontrando, caso a caso, pela aplicação de regras de Direito comum ou de Direito matrimonial”¹⁷⁴⁰.

Por outro lado, não há manifestação de qualquer vontade por parte dos conviventes no sentido de sujeição ao regime patrimonial do casamento, ou seja, não pode fazer-se produzir a uma simples relação de facto efeitos jurídicos não queridos pelas partes (nem pelo legislador)¹⁷⁴¹.

Acresce que a aplicação analógica de uma norma pressupõe, antes de mais, uma lacuna verdadeira e própria, cuja existência no caso não está precisamente demonstrada¹⁷⁴². Com efeito, não podemos falar de uma lacuna logo que não exista uma regulamentação jurídica. “Não nos é lícito presumir pura e simplesmente uma determinada regulamentação, antes, temos que *sentir a sua falta*, se queremos

¹⁷⁴⁰ M.^a Rita A. G. Lobo Xavier, “União de facto e pensões de sobrevivência...”, *loc. cit.*, p. 21. Também Beudant, *ob. cit.*, p. 326, nota 1, aponta para o mesmo entendimento ao referir que o mandato tácito doméstico, que era conferido à mulher no antigo direito francês, é estranho à união de facto dado que assenta nos direitos e obrigações recíprocos dos cônjuges.

¹⁷⁴¹ Eduardo Estrada Alonso, *ob. cit.*, p. 170, refere mesmo que a aplicação analógica do regime matrimonial iria contra as normas imperativas que regulam as formalidades exigíveis para celebrar o casamento, dado que pela união de facto aplicar-se-iam os mesmos efeitos. Também Pereira Coelho, “Casamento e família...”, *ob. e loc. cit.*, p. 19, entende não se justificar aplicar o estatuto do casamento a pessoas que não quiseram casar. Perante leis de divórcio tão permissivas pode afirmar-se que se as pessoas vivem em união de facto é porque querem viver assim, sendo uma violência impor-lhes o estatuto matrimonial que deliberadamente rejeitaram. Como refere Uwe Diederichsen, “Die nichteheliche Lebensgemeinschaft...”, *loc. cit.*, p. 1025, ainda que a propósito da indiferença do legislador face à união de facto e não especificamente quanto à aplicação do regime legal do casamento, iria contra a liberdade individual da pessoa, consagrada constitucionalmente, a imposição de uma regulamentação não querida pelos conviventes que, por isso, não contraíram casamento.

Situação diferente será se os conviventes expressamente determinarem que a sua união será regulada juridicamente, seja por contrato de coabitação, de acordo com o princípio da autonomia da vontade, ou tal como acontece em relação ao PACS. Nestas hipóteses há uma declaração dos conviventes em sujeitar-se a determinada regulamentação, o que não pode simplesmente presumir-se, e, com isso, aplicar o regime do casamento ou qualquer outro regime específico.

¹⁷⁴² Albino Matos, *ob. e loc. cit.*, p. 113.

apresentar a sua não-existência como uma “lacuna”. Mas a inexistência da regulamentação em causa pode corresponder a um *plano* do legislador ou da lei, e então não representa uma “lacuna”¹⁷⁴³. Poderemos, com efeito, não estar perante uma verdadeira lacuna de regulamentação e sem lacuna não há lugar à aplicação analógica¹⁷⁴⁴.

A não ser esse o caso, por se considerar necessária uma regulamentação do regime das dívidas entre os conviventes, como entendemos, tratar-se-á de uma lacuna intencional¹⁷⁴⁵, cujo preenchimento o legislador deixou à doutrina e/ou jurisprudência. Porém, a sua integração far-se-á por recurso às regras gerais e não por aplicação de um regime especial previsto para o casamento, para o qual o legislador, intencionalmente, não remeteu. Por muito que se justifique uma determinada regulamentação, não cabe ao intérprete impô-la quando o próprio legislador a omitiu. Com efeito, o legislador, pelo menos na Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, sabia da existência do problema posto pelas dívidas contraídas pelos conviventes e, por isso, poderia tê-lo resolvido, nomeadamente, remetendo para as normas da responsabilidade por dívidas do regime matrimonial (tal como também remeteu para outras disposições legais), se pretendesse aplicar as normas do regime patrimonial do casamento à união de facto. Tendo oportunidade para o fazer, e não o fazendo, poderá concluir-se que não se pretendeu regular especificamente essa matéria da união de facto, nomeadamente, por aplicação do regime da responsabilidade por dívidas entre os cônjuges.

¹⁷⁴³ Karl Englich, *Introdução ao pensamento jurídico*, trad. de J. Baptista Machado, 6.ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 281. V. também, para uma análise das espécies de lacunas e sua determinação, J. Baptista Machado, *Introdução ao Direito...*, cit., pp. 195 e segs.

Como referem M.ª del Carmen Gete-Alonso y Calera/Maria Ysás Solanes/Judith Solé Resina, *ob. cit.*, p. 276, a primeira questão que se coloca, não havendo regulamentação legal específica, é a de saber se estamos perante uma verdadeira lacuna da lei ou se, pelo contrário, a falta de regulamentação legal corresponde à vontade do legislador de não atribuir efeitos jurídicos às uniões de facto.

¹⁷⁴⁴ O mesmo entendimento é perfilhado, a propósito da revogabilidade das doações entre cônjuges, por Albino Matos, *loc. e ob. cit.*, p. 134. Também Nuno de Salter Cid, *A protecção da casa de morada da família...*, cit., pp. 363 e 364, afirma, relativamente à posição sustentada pelo ac. do STJ, de 23.04.1987, anterior à Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, a propósito da aplicação analógica à união de facto do art. 84.º do Regime do Arrendamento Urbano (R.A.U.) e do art. 1793.º do Cód. Civil, previsto para o caso do divórcio ou separação judicial de pessoas e bens, que não existia na lei qualquer lacuna a colmatar; “não se está perante um caso omissio, mas antes perante um caso intencionalmente não regulado”. E apenas afasta o argumento por estar em causa o princípio constitucional da não discriminação dos filhos nascidos fora do casamento.

Também Gavidia Sánchez, “Las uniones libres en la Ley Foral Navarra de Parejas Estables”, *Actualidad Civil*, 2, n.º 17, 2001, p. 618, afirma que às uniões não contempladas pela lei não é possível o recurso à analogia *legis*, dado não haver qualquer lacuna legal, uma vez que o legislador decidiu não as regular.

¹⁷⁴⁵ Também Cristina Carro-Werner, *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft in der spanischen Rechtsordnung*, Hamburg, Verlag Dr. Kovač, 2003, pp. 180 e 181, entende que nem sempre o silêncio da lei implica o esquecimento do legislador em regular uma dada matéria, podendo este conscientemente não ter querido regulá-la.

Ora, a ausência de qualquer referência a esta matéria na Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, sabendo o legislador dos problemas existentes em matéria de dívidas, só pode significar que houve uma vontade intencional de não regulamentação especial, própria ou de remissão para o regime do casamento. Por isso, não nos parece legítima a aplicação analógica do regime da responsabilidade por dívidas previsto no art. 1691.º, al. b), quanto aos encargos normais da vida familiar, como defende a maioria da doutrina portuguesa, como veremos.

Existindo uma lacuna intencional, o recurso à analogia, para preenchimento da mesma, só se daria quando a similitude das situações a justifiquem.

Como refere J. Baptista Machado, “dois casos dizem-se análogos quando neles se verifique um conflito de interesses paralelo, isomorfo ou semelhante – de modo a que o critério valorativo adoptado pelo legislador para compor esse conflito de interesses num dos casos seja por igual ou maioria de razão aplicável ao outro...”¹⁷⁴⁶. Ora, como já referimos, apesar da comunhão de vida constituir a base em que assenta quer o casamento quer a união de facto (ainda que se entenda que o que está na base da responsabilidade comum de certas dívidas é a convivência comum e não o vínculo jurídico existente no casamento) trata-se de duas realidades distintas, não existindo a tal similitude necessária para que seja possível o recurso à analogia¹⁷⁴⁷.

Finalmente, o recurso à analogia com as regras reguladoras dos efeitos patrimoniais do casamento, parece-nos de excluir, pelo menos em algumas matérias, atendendo ao seu carácter excepcional no domínio do casamento relativamente ao regime geral do Direito comum. De facto, as normas reguladoras do casamento consagram uma disciplina jurídica diferente para as relações jurídico-matrimoniais, apresentando-se como “*ius singulare*”, isto é, como um regime oposto ao regime regra, não sendo possível o recurso à aplicação analógica, por as normas excepcionais a não comportarem (cfr. o art. 11.º)¹⁷⁴⁸. Pensamos, nomeadamente, em matéria de dívidas.

¹⁷⁴⁶ J. Baptista Machado, *Introdução ao Direito...*, cit., p. 202.

¹⁷⁴⁷ Quando muito, a lacuna poderia ser preenchida pela “norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema” (art. 10.º, n.º 3), o que, no caso, implicará a aplicação das regras gerais.

¹⁷⁴⁸ O facto de se não permitir a analogia, não exclui, todavia, a interpretação extensiva. Aquilo que separa a interpretação extensiva da aplicação analógica está no facto de a primeira estender a aplicação da norma a casos não previstos pela sua letra mas compreendidos pelo seu espírito, ao passo que a segunda leva a aplicar a norma mesmo a situações que já nem sequer são abrangíveis no seu “espírito”. “Só a interpretação extensiva seria sugerida, justificada e postulada pela *valoração* da norma (...); a aplicação analógica, essa seria sugerida e justificada pelo *paralelismo* dos problemas ou questões, por um lado, e postulada pela unidade e coerência do *sistema* (e não logo pela *valoração* particular de certa norma, como acolá), por outro.” (J. Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado*, cit., p. 101). Porém, nem à interpretação extensiva será de recorrer: ao regular os efeitos

Ainda que a responsabilidade de ambos os conviventes pelas dívidas contraídas por um para ocorrer aos encargos da vida comum ou em proveito comum seja o resultado acertado, não é aplicando analogicamente o regime da responsabilidade por dívidas entre os cônjuges que se atingirá tal objectivo. Não significa isto que sejamos contra uma regulamentação legal que aplique à união de facto, tal como acontece no art. 515.º-4 do Cód. Civil francês, em matéria de PACS, um regime semelhante ao do casamento ou que até expressamente remeta para o regime da responsabilidade por dívidas no casamento¹⁷⁴⁹, como, aliás, acontece, p. ex., quanto à casa de morada da família (art. 4.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio). O problema é que, tal como está regulada a união de facto actualmente, não nos parece haver possibilidade de aplicar qualquer norma do regime patrimonial do casamento¹⁷⁵⁰.

De referir ainda que os problemas colocados pela existência e pela dissolução da união de facto, resultantes da comunhão de vida, apresentam-se na união heterossexual ou homossexual, pelo que a solução encontrada para uma deverá aplicar-se à outra. Ora, aplicar, por analogia, as normas reguladoras do casamento (mesmo as que têm na sua base a existência de uma comunhão de vida e não propriamente um vínculo jurídico) às uniões homossexuais, quando não existe o elemento da diversidade de sexos necessário para a existência do casamento (art. 1628.º, al. e)), não parece viável¹⁷⁵¹.

2.3 Regime da responsabilidade por dívidas na união de facto

patrimoniais do casamento, o legislador assumiu a existência de um vínculo jurídico, não estando compreendido no espírito das normas a união de facto.

¹⁷⁴⁹ Ainda que aqui seja outro o factor a argumentar contra: a ausência de qualquer vontade dos conviventes nesse sentido. Tal obstáculo seria, porém, afastado se os conviventes exprimissem a sua vontade em submeter-se a tal regulamentação, como acontece nas outras legislações que regulam expressamente a união de facto em matéria de dívidas.

¹⁷⁵⁰ Alguma doutrina estrangeira, sobretudo espanhola e italiana, invoca o instituto do casamento putativo para aplicar algumas regras do casamento à união de facto, ou seja, naquele também não houve casamento e nem por isso, nos casos previstos na lei, se deixa de aplicar as regras do casamento. Obviamente que o argumento não pode valer: para o funcionamento das regras do casamento putativo deve “existir de facto casamento”, isto é, as partes quiseram casar e essa vontade não existe na união de facto.

¹⁷⁵¹ V., neste sentido, María del Carmen Bayod López, *loc. cit.*, p. 133. Também J. M. González Porras, “El matrimonio y la familia en la sociedad actual”, *Revista de Derecho Privado*, Março-Abril 2003, p. 152 e pp.162-165, afasta a possibilidade de às uniões homossexuais se aplicar um regime idêntico ao estabelecido legalmente para o casamento.

Na ausência de pacto dos conviventes regulador da responsabilidade por dívidas¹⁷⁵², a solução ideal, evitando o recurso a outros meios para encontrar uma solução justa, seria a existência de uma norma expressamente reguladora das dívidas dos conviventes. Não pretendemos afirmar que será necessária uma regulamentação semelhante à prevista para o casamento¹⁷⁵³, mas apenas uma norma, que acautelando interesses de terceiros, responsabilizasse ambos os conviventes pelas dívidas contraídas para ocorrer aos encargos normais da vida familiar ou contraídas em proveito comum (norma especial em matéria de dívidas ou por remissão para o regime do casamento)¹⁷⁵⁴. Não se trata de estabelecer uma equiparação absoluta entre a união de facto e casamento, nem de criar um matrimónio de “segundo grau”, mas de, pontualmente, quando razões de justiça e equidade o justifiquem, regular certos aspectos da união de facto, como, aliás, o nosso legislador tem feito em algumas matérias (p. ex., em matéria de casa de morada comum, em matéria fiscal, de Segurança Social, administrativa, de trabalho, de exercício do poder paternal...), inclusivamente, adoptando as mesmas soluções visadas para o casamento.

¹⁷⁵² Como refere Miguel López Muñoz Goñi, *ob. cit.*, p. 94, se os conviventes decidem viver juntos não optando pelo casamento, parece uma contradição que se preocupassem em estabelecer um sistema económico que regulasse a sua situação patrimonial. Por isso, na maioria das vezes, não existe qualquer contrato regulador das relações patrimoniais da convivência. Neste sentido, v. também, M.ª del Carmen Corral Gijón, “Las uniones de hecho y sus efectos patrimoniales. Parte 2ª: Efectos patrimoniales”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ano LXXVII, n.º 664, 2001, pp. 561 e 562.

Para evitar os problemas que possam surgir relativos ao pagamento de dívidas, Gilbert Grandidier, “Liquidation du régime matrimonial et partage des biens à la suite du concubinage”, in AAVV, *Le Droit de la Famille en Europe. Son évolution depuis l’Antiquité jusqu’à nos jours*, Actes des journées internationales d’Histoire du Droit, sob a direcção de Roland Ganghofer, Strasbourg, Press Universitaire de Strasbourg, 1992, p. 770, sugere a abertura por parte dos conviventes de contas bancárias conjuntas onde depositem os recursos económicos em proporção com as possibilidades contributivas de cada um. Tal conta suportaria as despesas quotidianas e correntes da vida em comum. Havendo um empréstimo ou um adiantamento de um dos conviventes ao outro seria necessário considerar essa situação para o seu reembolso no momento da dissolução da união de facto.

¹⁷⁵³ O que, aliás, rejeitamos. De facto, além de termos figuras diferentes, os conviventes pretendem precisamente, ao não sujeitar a sua união ao vínculo jurídico, escapar à regulamentação legal pormenorizada prevista para o casamento. Do casamento resulta um conjunto de direitos e deveres que afectam os cônjuges nas suas relações pessoais e patrimoniais. Tal não sucede na união de facto que se caracteriza pela ausência de vínculos e obrigações, não cabendo ao legislador impor à força aquilo que os conviventes não pretendiam. Como referem Gernhuber/Coester-Waltjen, *ob. cit.*, § 41, II, pp. 479 e 480, dada as diferentes formas e razões de constituição da união de facto, será inviável pensar uma regulamentação uniforme da mesma.

¹⁷⁵⁴ Neste sentido, Sofia Oliveira Pais/António Frada de Sousa, *loc. cit.*, p. 702, nota 18. Norma essa que existe nas legislações europeias que regulam a união de facto e, em especial, no art. 515.º-4 do Cód. Civil francês relativamente ao PACS e nas legislações das comunidades autónomas espanholas. Nos países nórdicos, ainda que a responsabilidade exclusiva do convivente pelos negócios que realiza seja a regra, esta tem por excepção os negócios destinados à satisfação do interesse comum ou a dar resposta às necessidades da vida diária (v., Peter Dopffel/Jens M. Scherpe, “Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaft im Recht der nordischen Länder”, in AAVV, *Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften*, *cit.*, p. 24, e Peter Dopffel/Hein Kötz/Jens M. Scherpe, “Rechtsvergleichende Gesamtwürdigung und Empfehlung”, in AAVV, *Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften*, *cit.*, pp. 402 e 403).

Parece-nos aconselhável que o Direito tome em consideração esta problemática, dado que o desconhecimento da mesma conduzirá a situações de injustiça¹⁷⁵⁵.

Se em matéria de titularidade, administração e disposição dos bens os conviventes podem ser vistos como qualquer outra pessoa (compropriedade ou propriedade exclusiva do convivente que adquiriu o bem, sem prejuízo das regras do enriquecimento sem causa, podendo dispor em conformidade), em matéria de dívidas não cabe apenas olhar para os interesses dos conviventes, mas também de terceiros, que com eles contratam e que confiaram na aparência externa de casamento. Por isso, e na ausência de norma especial, e pelo menos em relação a dívidas contraídas para beneficiar o casal e a vida em comum, tentaremos encontrar uma solução que se afigura mais justa do que a mera aplicação das regras gerais da responsabilidade (responsabilizando apenas o convivente que contraiu a dívida ou se vinculou)¹⁷⁵⁶. A protecção de terceiros é

¹⁷⁵⁵ Sobre a necessidade de regular em matéria de união de facto, v., Nuno de Salter Cid, “União de Facto e Direito...”, *loc. cit.*, pp. 66-72, Heinrich Ewald Hörster, “Há necessidade de legislar em matéria de união de facto?”, in AAVV, *Direito da Família e Política Social*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2001, pp. 65-72, e Helena Mota, *ob. e loc. cit.*, pp. 535-562, referindo que deveria ser estabelecida a responsabilidade comum para as dívidas contraídas para ocorrer aos encargos normais da vida familiar, oportunidade que o legislador não usou na Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio.

Giampiero Panico, *loc. cit.*, pp. 256 e 257, chama também a atenção para a necessidade de um “*statuto minimo*” para a união de facto. V. também, Enzo Roppo, “La famiglia senza matrimonio. Diritto e non-diritto nella fenomenologia delle libere unione”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XXXIV, n.º 3, 1980, pp. 756 e segs., e *Il giudice nel conflitto coniugale. La famiglia tra autonomia e interventi pubblici*, Bologna, Società Editrice Il Mulino, 1981, pp. 253 e segs., referindo que alguma regulamentação é necessária, em matéria de relações patrimoniais, para protecção do convivente “mais fraco”. Victor Ferreres Comella, *loc. cit.*, pp. 181 e 182, vai mais longe ao afirmar que é importante um mínimo de protecção da união de facto, não sendo possível deixar tal regulamentação às partes no domínio da liberdade contratual, dado não haver igualdade entre as mesmas. Ou seja, não estando os homens e as mulheres, na prática, numa situação igualitária, “a través de los acuerdos maritales entre hombres y mujeres estas desigualdades se perpetúan”. Chamando a atenção para a intervenção do legislador sobretudo em matérias onde possam ocorrer algumas desigualdades, v., Edith Möschl, *ob. cit.*, p. 59.

¹⁷⁵⁶ Não havendo norma que o disponha, as dívidas contraídas por um dos conviventes, mesmo para ocorrer aos encargos da vida familiar ou em proveito comum só responsabilizarão o convivente que as contraiu, o que poderá ser manifestamente injusto para o credor, que até poderá ter confiado na aparência de casamento. Aliás, é a esta solução que a jurisprudência francesa chega em matéria de dívidas, como veremos adiante. Na ausência de protecção jurídica adequada (legal ou contratual) há o recurso ao Direito comum. É também neste sentido que se pronuncia Thomas Rauscher, *ob. cit.*, p. 490, ao referir que qualquer compensação a título patrimonial entre os conviventes é regulada pelo Direito das Obrigações ou Direitos Reais. Todavia, e para Alain Prothais, “Les rapports pécuniaires des concubins entre eux ou le droit commun palliant l'imprévoyance”, in AAVV, *Indépendance financière et communauté de vie*, *cit.*, pp. 141 e segs, o recurso pela jurisprudência a técnicas de Direito comum constitui um meio para atenuar um mal. É, porém, um meio imperfeito, pois, além de propiciar uma protecção jurídica insuficiente, passa, muitas vezes, pela aplicação forçada do Direito comum, nomeadamente, quando os tribunais aplicam as regras da sociedade de facto, sendo os conviventes sócios sem o saberem, e prescindindo da verificação de alguns dos requisitos, como a intenção de se associar e de participar numa actividade comum. Como refere Henri Mazeaud, *et alii*, *Leçons de Droit Civil. La famille*, *cit.*, p. 33, a não regulamentação representará sempre um perigo, desde logo, para o convivente mais fraco.

fundamental dado que, não sendo casados, os conviventes vivem como se o fossem, gerando face aqueles a aparência externa de o serem¹⁷⁵⁷.

Os regimes da responsabilidade civil e das obrigações naturais têm sido aplicados para justificar a obrigação de compensação pela ruptura unilateral da união de facto; o regime dos contratos tácitos (de empréstimo, de mandato, de trabalho...), para fundar o dever de reembolso de importâncias fornecidas ou colocadas em comum ou a remuneração pelo trabalho prestado; o regime da sociedade de facto e o da gestão de negócios ou do enriquecimento sem causa, para permitir a um dos conviventes a obtenção de uma compensação pela sua colaboração profissional não remunerada em benefício do outro¹⁷⁵⁸. É evidente que o recurso ao Direito comum comporta os seus próprios limites, implicando a verificação dos requisitos de cada um desses institutos, ou seja, para se poder falar em contrato tácito é preciso haver um acordo dos conviventes; para haver uma sociedade, os seus elementos constitutivos devem estar reunidos, o mesmo acontecendo com a gestão de negócios ou com o enriquecimento sem causa¹⁷⁵⁹.

Sendo a lei omissa em matéria de responsabilidade por dívidas contraídas pelos conviventes (bem como quanto à titularidade dos bens adquiridos e problemas relativos

¹⁷⁵⁷ Abstemo-nos, obviamente, de analisar as relações pessoais entre os conviventes e a existência de deveres recíprocos entre os mesmos que apenas são cumpridos voluntariamente, não se impondo os deveres previstos para os cônjuges. De referir apenas que o cumprimento de tais deveres pode encarar-se como realização de obrigação natural (art. 402.º), sujeita à não repetição do indevido (art. 403.º) e, por isso, não haverá qualquer indemnização pelo incumprimento e eventual ruptura da união (v., M. Sgroi, *ob. cit.*, pp. 300-302). V. também neste sentido, Françoise Alt-Maes, *loc. cit.*, pp. 646-652. Defendendo, em sentido contrário, a possibilidade de indemnização pelo incumprimento de tais deveres, nos termos gerais da responsabilidade civil, França Pitão, *ob. cit.*, pp. 115-117. Admite também este autor (p. 119-121) a indemnização por danos resultantes da própria ruptura da união, não nos termos dos arts. 1790.º e 1791.º, apenas aplicáveis ao casamento, mas de acordo com as regras da responsabilidade civil (arts. 483.º e segs.).

¹⁷⁵⁸ Alain Prothais, "Les rapports pécuniaires des concubins...", *loc. cit.*, pp. 144 e 145 (analisando as relações entre os cônjuges e não tanto as relações com terceiros, nomeadamente, credores), e "Le droit commun palliant l'imprévoyance des concubins dans leurs relations pécuniaires entre eux", *JCP* 1990.I.3440, n.ºs 6-12. Para uma análise geral do modo como os ordenamentos jurídicos francês, alemão, inglês, sueco e dos E.U.A. encaram os problemas surgidos em virtude de uma união de facto, v., Mary Ann Glendon, *The Transformation of Family Law...*, *cit.*, 1984, pp. 252-290.

¹⁷⁵⁹ A resolução dos problemas relativos aos efeitos patrimoniais da união de facto não pode resolver-se por recurso a um único instituto, ou seja, consoante o tipo de questão em análise (titularidade dos bens, prestação de serviços ou actividade não remunerada a favor do outro, danos causados pela ruptura da união, relação dos conviventes com terceiros credores...) ter-se-á de recorrer ao instituto de Direito comum que melhor se enquadrará na situação fáctica a resolver. Como refere M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, *cit.*, pp. 474 e 475, os tribunais têm utilizado as regras de Direito comum ajustando-as à situação dos conviventes. Quando estes "não organizaram a sua comunhão de vida através da celebração de contratos, a jurisprudência ficcionou, para depois lhes aplicar o Direito comum de forma "liberal", "atendendo às circunstâncias do caso". Estas soluções jurisprudenciais – que já foram denominadas como tentativas de "concubinarização" do Direito comum – têm em consideração a comunhão de vida patrimonial que se estabelece entre as pessoas que vivem em união de facto". V. também, M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, "Novas sobre a união...", *ob. e loc. cit.*, pp. 1400 e 1401.

à dissolução da união de facto)¹⁷⁶⁰, a doutrina portuguesa¹⁷⁶¹ tem aplicado por analogia o art. 1691.º, n.º 1, al. b), ou, subsidiariamente, o instituto de enriquecimento sem causa¹⁷⁶².

¹⁷⁶⁰ V., sobre estas matérias, Cristina M. Araújo Dias, "Dissolução da união de facto", *Cadernos de Direito Privado*, n.º 11 (Julho/Setembro), 2005, pp. 69-80. Os membros da união de facto são, em princípio, estranhos um ao outro, ficando as suas relações patrimoniais sujeitas ao regime geral das relações obrigacionais ou reais: cada um pode vender bens móveis ou imóveis, dar ou tomar de arrendamento, contrair dívidas, contratar um com o outro... (Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 120); pode cada um dos conviventes abrir contas bancárias, fazer um empréstimo, prestar fiança ao outro... como se estranhos fossem (v., Mireille Dewevre-Fourcade, *Le concubinage*, 2.ª ed., Paris, Puf, 1992, pp. 66 e 67). No contexto da dissolução da união de facto, várias têm sido as soluções propostas pela jurisprudência estrangeira: sociedade de facto e compropriedade, para a partilha, e contrato de trabalho e enriquecimento sem causa, para as prestações realizadas no lar (deixando à margem a questão do recurso às regras da responsabilidade civil para uma eventual indemnização resultante da ruptura da união de facto, ou das obrigações naturais para possível direito a prestação de alimentos depois da dissolução da união). V., sobre a liquidação da união de facto, Martin Lipp, *ob. cit.*, pp. 118-123, aplicando as regras do Direito comum (contratos de trabalho ou de sociedade e instituto do enriquecimento sem causa). A nossa jurisprudência pronuncia-se no mesmo sentido quanto à aplicação das regras do enriquecimento sem causa e da liquidação das sociedades civis à dissolução da união de facto (v., Nuno de Salter Cid, *A comunhão de vida...*, *cit.*, pp. 698 e 699, notas 369 e 370).

As regras da compropriedade exigem, pelo menos, a participação de ambos os conviventes no acto de aquisição do bem (v., França Pitão, *ob. cit.*, pp. 172-179). Assumir a compropriedade seria presumir a comunicabilidade dos bens, o que se afasta dado não ser de aplicar o regime da comunhão conjugal. Por regra, os bens adquiridos por um dos conviventes sê-lo-ão a título próprio. Repare-se que Carolina Mesa Marrero, *ob. cit.*, pp. 140 e 141, admite que, quando da vivência em comum resultem indícios da vontade dos conviventes em partilhar por metade o que foi adquirido, existindo, assim, um acordo tácito (nomeadamente, a titularidade das contas bancárias ou o destino dos salários de cada um dos membros), deve presumir-se, desses factos, a existência de um regime de compropriedade. A jurisprudência espanhola aponta nesse sentido (v., Miguel López Muñoz Goñi, *ob. cit.*, pp. 112 e segs., e Natalia Alvarez Lata, *loc. cit.*, pp. 38-40 e p. 45). V. também, Lledó Yagüe, *et alii*, *ob. cit.*, pp. 51 e 52. Shwab, *ob. cit.*, p. 359, a propósito dos bens que integram o recheio do lar (*Hausrat*), afirma que se o bem for adquirido por recurso a valores de ambos os conviventes ou através de uma conta bancária comum deve presumir-se a existência de compropriedade. O mesmo é defendido por alguma jurisprudência francesa, em matéria mobiliária (v., B. Mélin-Soucramanien, "Les mécanismes juridiques de mise en commun des avoirs du couple", in AAVV, *Différenciation ou convergence des statuts juridiques du couple marié et du couple non marié? Droit belge et français*, sob a direcção de Jean Hauser/Jean-Louis Renchon, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2005, pp. 449 e 450).

Quando não seja o caso de compropriedade, por o bem apenas ser titulado por um dos conviventes, se ambos contribuíram para a sua aquisição alguma jurisprudência estrangeira tem admitido a restituição dos valores prestados pelo convivente não proprietário com base no enriquecimento sem causa (v., p. ex., decisões citadas por Luigi Balestra, *ob. cit.*, pp. 160 e segs.). Apesar do bem ser titulado por um dos conviventes, mas se se concluir que era intenção dos conviventes considerá-lo como um bem dos dois, Thomas Rauscher, *ob. cit.*, pp. 491 e 492, defende que o outro convivente, não podendo invocar o regime da compropriedade, pode socorrer-se das regras das sociedades para obter uma restituição equivalente ao montante da sua contribuição para a aquisição do bem („Als Rechtsfolge einer gesellschaftsrechtlichen Auseinandersetzung kann der nicht dingliche berechtigte Partner vom Eigentümer nicht die Einräumung von Miteigentum, sondern nur eine seinem Beitrag entsprechende Abfindung in Geld verlangen”).

Para a consideração do trabalho prestado por um dos conviventes, com vista à atribuição de uma compensação ou indemnização, as formas jurídicas utilizadas têm sido a do contrato de trabalho ou o recurso ao instituto do enriquecimento sem causa.

Uma das formas a que a jurisprudência recorreu foi, efectivamente, o contrato de trabalho subordinado (é evidente que o problema não se põe se, de facto, existir um contrato de trabalho expressamente formalizado entre os conviventes). As dúvidas colocam-se na falta de relação expressa, questionando-se se, para compensação do convivente que contribuiu para a vida em comum com o trabalho realizado no lar (e abdicando da sua carreira profissional), se deverá presumir a relação laboral ou se se deverá entender o trabalho prestado como realizado por espírito de benevolência (v., Eduardo Estrada Alonso, *ob. cit.*, pp. 205 e 206, e Catherine Noir-Masnata, *ob. cit.*, pp. 44-49. Também Françoise Alt-Maes, *loc. cit.*, pp. 653-655 e pp. 666 e 667, aborda a existência

de um contrato de trabalho entre conviventes e a sua remuneração, bem como a prestação de trabalho doméstico que poderá gerar uma restituição por enriquecimento sem causa). Tendo existido, a actividade doméstica ou extra-doméstica realizada por um dos conviventes deverá ser remunerada. Trata-se de aferir a natureza das prestações laborais, ou seja, saber se se trata, na realidade, de trabalho prestado no âmbito de uma presumida relação laboral ou se exercido em espírito de benevolência e, por isso, gratuito. V., sobre esta matéria, Eduardo Estrada Alonso, *ob. cit.*, pp. 207-215. Em geral, as doutrinas espanhola e italiana, têm admitido a remuneração pelo trabalho prestado no lar. Só que uns autores assentam tal remuneração na união de facto por uma equiparação com o regime do casamento, onde o trabalho no lar não é visto como gratuito mas oneroso – art. 1438.º do Cód. Civil espanhol e art. 230.ºbis do Cód. Civil italiano, regulador da *impresa familiare*. Neste sentido, v., p. ex., Ernesto de la Rocha García, *Disolución y Liquidación de las comunidades de bienes. Comunidades de bienes en uniones de hecho extramatrimoniales. Sociedades civiles, mercantiles y cooperativas*, Granada, Editorial Comares, 1998, p. 56, e Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida, *et alii, Elementos de Derecho Civil. Familia, cit.*, p. 301 (chamando a atenção para a necessidade de, na resolução do caso concreto, os tribunais aferirem as circunstâncias para aí retirarem a intenção das partes quanto aos bens adquiridos e ao trabalho prestado, ou seja, saber se o que pretendiam era manter a sua completa independência económica ou se pretendiam criar uma “comunhão” de bens e interesses). No direito italiano, v., Antonio Jannarelli, “Lavoro nella famiglia, lavoro nell’impresa familiare e famiglia di fatto”, *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, ano V, 1976, pp. 1843 e 1844, Enzo Roppo, “La famiglia senza matrimonio...”, *loc. cit.*, pp. 744 e 745, e *Il giudice nel conflitto coniugale...*, *cit.*, pp. 240 e 241, Marina Santilli, *loc. cit.*, p. 805, Francesco Prosperi, *La famiglia non fondata...*, *cit.*, pp. 282-284, e “A proposito di una recente monografia...”, *loc. cit.*, p. 200, Fernando Salaris, “Impresa familiare, famiglia di fatto e comunità rurali”, *Rivista di Diritto Agrario*, n.º 4, 2, 1983, pp. 464-469, C. M. Bianca, *Diritto civile...*, *cit.*, p. 28 e pp. 365 e 366, Eliodoro D’Orazio, “Famiglia di fatto e Diritto di Famiglia *in fieri*”, *Giur. Mer.*, ano XXVI, 1994, p. 999 e pp. 1000 e 1001, R. Tommasini, “Famiglia di fatto”, *ob. e loc. cit.*, p. 510, e M. Sgroi, *ob. e loc. cit.*, p. 304, que admitem a aplicação do art. 230.ºbis do Cód. Civil italiano à união de facto, por considerarem que na base desta disposição legal se encontra a relação de convivência. Outros recorrem à aplicação do regime do enriquecimento sem causa (Eduardo Estrada Alonso, *ob. cit.*, p. 214, e Carolina Mesa Marrero, *ob. cit.*, pp. 237-244. No direito italiano, T. Auletta, *Il diritto di famiglia, cit.*, p. 21. Giuseppe Ragusa Maggiore, “Famiglia di fatto e impresa familiare”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XXXVI, n.º 1, 1982, p. 40, depois de uma análise da forma como o trabalho doméstico tem sido analisado no âmbito da união de facto e da exposição das diferentes teorias a propósito da aplicação à união de facto do art. 230.ºbis do Cód. Civil italiano, conclui não ser de “*estendere la portata dell’art. 230.ºbis alla famiglia di fatto*”). Para um análise da jurisprudência italiana quanto à aplicação do art. 230.ºbis do Cód. Civil italiano ou das regras do enriquecimento sem causa (sendo de referir que a jurisprudência maioritária exclui a aplicação do referido artigo), v., G. Ferrando, “La famiglia di fatto”, in *AAVV, Casi e questioni di diritto privato...*, *cit.*, vol. III, , pp. 65-67, e Luigi Balestra, *ob. cit.*, pp. 180-220. Como referiremos, a doutrina do *implied trust* é, nos E.U.A., utilizada para considerar o trabalho doméstico como elemento de contribuição de um dos conviventes, com vista a uma partilha justa.

Parece ser de afastar, em princípio, a existência (presumida) de um contrato de trabalho subordinado entre conviventes. De facto, e por um lado, a existência de um contrato de trabalho exige o preenchimento de certos pressupostos, entre os quais, a existência de uma relação de subordinação e a necessária retribuição (v., sobre as características do contrato de trabalho, Bernardo Lobo Xavier, *Curso de Direito do Trabalho*, 2.ª ed., reimpressão, Lisboa, Verbo, 1996, pp. 291 e segs.), o que não acontece na união de facto. Por outro lado, a realidade demonstra que os conviventes dificilmente podem ter intenção, ao iniciar a sua vida em comum, de realizar um contrato de trabalho que não resulta, obviamente, da mera vivência em comum. V., M.ª del Carmen Corral Gijón, *loc. cit.*, ano LXXVII, n.º 664, 2001, pp. 589-592, chamando à atenção para a dificuldade de prova da verificação dos requisitos necessários para a existência de um contrato de trabalho entre os conviventes. Afastando, em princípio, a existência de um contrato de trabalho entre os conviventes, Martin Lipp, *ob. cit.*, p. 119, e colocando algumas dúvidas, Schwab, “Zivilrecht und nichteheliche Lebensgemeinschaft”, in *AAVV, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft*, sob a direcção de Götz Landwehr, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1978, pp. 72-74. Assentando uma eventual compensação ao convivente que “administrava o lar” (*Haushaltsführung*), nas regras da responsabilidade civil quando haja lesão do convivente no exercício dessa administração (tal como se existisse contrato de trabalho), v., Uwe Jagert, “Deliktsrechtliche Betrachtungen zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft aus der Sicht des deutschen und des italienischen Rechts”, *Rabels Zeitschrift*, ano 53.º, n.º 4, 1989, pp. 719-723.

As regras do enriquecimento sem causa servirão de base não só à remuneração do trabalho prestado no lar por um dos conviventes, como também, e na falta de qualquer outro meio, para a liquidação e partilha da união de facto. Apesar de muitas vezes o trabalho realizado no lar por um dos conviventes ser, de certa forma, compensado com o sustento económico que é garantido pelo outro, o que poderia pôr em causa o enriquecimento (as despesas de um encontrariam a contrapartida nas do outro – v., p. ex., Paris, 13 de Março de 1997, e Toulouse, 28 de Março de 2000, citados por Jean Hauser, “Concubinages et pactes civils de solidarité”,

RTDC, n.º 1, 2001, p. 112), não será de afastar o preenchimento deste pressuposto. Na verdade, tal facto só permitirá ponderar o montante da restituição, não afastando o instituto do enriquecimento sem causa. O enriquecimento consistirá na poupança obtida por um dos conviventes à custa do trabalho doméstico não remunerado prestado pelo outro (Carolina Mesa Marrero, *ob. cit.*, p. 239). Entre nós, são várias as decisões dos tribunais no sentido da aplicação das regras do enriquecimento sem causa no momento da dissolução da união de facto (v., Nuno de Salter Cid, *A comunhão de vida...*, *cit.*, p. 689, nota 369).

Não podemos deixar de referir a existência de uma norma expressa reguladora de uma compensação económica nos casos em que se verifica um enriquecimento sem causa entre conviventes, prevista pelas legislações autónomas da Catalunha, Aragão e Navarra (Carolina Mesa Marrero, *ob. cit.*, pp. 81, 90 e 95, e Aurora López Azcona, *ob. cit.*, pp. 118-121).

Nos E.U.A. fala-se também na aplicação da doutrina do *constructive trust* (acordos supostos pelo juiz com objectivos de equidade, independentemente de se deduzir tal intenção das partes) ou *implied* ou *resulting trust*, ou seja, deduz-se das circunstâncias a existência de um contrato implícito de comunhão de bens, procedendo-se, dessa forma, à divisão dos bens adquiridos durante a coabitação (p. ex., se um convivente surge como proprietário do bem mas o outro contribui para o pagamento do empréstimo bancário de aquisição do mesmo bem). Tal doutrina é, nomeadamente, utilizada para considerar o trabalho doméstico como elemento relevante na partilha dos bens. Como refere Walter Otto Weyrauch, “Metamorphoses of Marriage: Formal and Informal Marriages in the United States”, in AAVV, *Marriage and cohabitation...*, *cit.*, p. 271, na falta de contrato de coabitação regulador das relações patrimoniais dos conviventes, os tribunais podem evitar enriquecimentos injustos pelas teorias do *constructive* ou *resulting trust*. O mesmo acontece em Inglaterra (v., S.M. Cretney/J.M. Masson/R. Bailey-Harris, *ob. cit.*, pp. 110-130), ainda que os tribunais sejam mais relutantes na aplicação das referidas teorias aos conviventes do que aos cônjuges, em relação aos quais facilmente se presume a sua intenção em dividir os bens (Stephen Cretney, *Family Law...*, *cit.*, pp. 117-123, e *Family Law in the Twentieth Century...*, *cit.*, p. 521). É também possível o recurso ao “*estoppel*” que impede, com intervenção do tribunal, que uma das partes adquira direitos injustamente e em detrimento da outra parte que confiou e tinha uma fundada expectativa na aquisição da propriedade de certos bens (v., S.M. Cretney/J.M. Masson/R. Bailey-Harris, *ob. cit.*, pp. 136-142, e Stephen Cretney, *Family Law...*, *cit.*, pp. 125 e 126).

Em Espanha, há decisões jurisprudenciais onde se presume a existência de um acordo entre os conviventes para se proceder à partilha (v., Carolina Mesa Marrero, *ob. cit.*, pp. 104-108, defendendo a consideração, na falta de contrato expresso, de um acordo tácito). José Ramón de Verda y Beamonte, *ob. e loc. cit.*, pp. 234 e 235, apresenta algumas decisões jurisprudenciais onde se entendeu que os conviventes constituíram tacitamente uma comunhão de bens, tendo por objecto a casa de morada comum titulada por apenas um dos conviventes (mas paga por recurso a valores depositados numa conta colectiva).

¹⁷⁶¹ Pereira Coelho, “Casamento e família...”, *ob. e loc. cit.*, p. 16 (refere a al. c) do n.º 1 do art. 1691.º, mas fala dos encargos da vida familiar, pelo que, parece, por isso, reportar-se não à al. c) mas à al. b)), Diogo Leite de Campos, *Lições...*, *cit.*, p. 21, Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 450 (muito embora, nas pp. 105 e 112, entendam não ser possível estender à união de facto as disposições referentes ao casamento), e José João Gonçalves de Proença, *ob. cit.*, p. 34. Contra, França Pitão, *ob. cit.*, pp. 179-186. Este último autor, apesar de, tal como nós, afastar a aplicação por analogia do art. 1691.º, n.º 1, al. b), admiti-a no caso do art. 1792.º, quanto à indemnização de danos não patrimoniais decorrentes da dissolução do casamento (pp. 120 e 121). Também aqui a lei não prevê expressamente tal reparação, não mandando aplicar o regime previsto para o casamento. Entende o autor que tudo está em saber se a enumeração do art. 3.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, será taxativa, no sentido de excluir qualquer outra situação que o legislador não previu propositadamente ou por desleixo. Continua dizendo que “não duvidámos que o espírito desta norma seja o de possibilitar a aplicação analógica à união de facto de todas as normas que possam proteger os seus membros (...) desde que não contenda com normas imperativas, de aplicação exclusiva a este (*casamento*)”. Duvidamos, por isso, do critério do autor para excluir nuns casos a analogia e admiti-la noutros.

¹⁷⁶² As decisões jurisprudenciais encontradas, e já referidas, apenas colocam o problema da necessidade de evitar o enriquecimento de um dos conviventes no fim da união de facto, seja por bens adquiridos ao longo da mesma por ambos e apenas titulados por um, seja pelo trabalho prestado no lar..., não se pronunciando sobre a problemática das dívidas contraídas pelos conviventes, o que nos leva a concluir que a matéria não tem chegado aos tribunais, resolvendo-se “de facto”.

Ainda que recusando a aplicação do regime da responsabilidade por dívidas dos cônjuges, a propósito do art. 220.º do Cód. Civil francês (aliás, como também entende a doutrina: v., p. ex., Jean Carbonnier, *Droit Civil. La famille...*, *cit.*, p. 672, e Jacqueline Rubellin-Devichi, *ob. cit.*, p. 391), a jurisprudência francesa mais recente, conforme refere Jacqueline Rubellin-Devichi, *ibidem*, tem, todavia, reconhecido o dever de ambos os conviventes participarem nas despesas do lar, mesmo solidariamente (Jean Carbonnier, *Droit Civil. La famille...*, *cit.*, p. 682, a propósito da decisão do Tribunal de Paris, de 23 de Julho de 1932 e do Tribunal de Bourges, de 8 de Dezembro de 1997). Como decidiu o Tribunal de Bourges, de 8 de Dezembro de 1997, importa aplicar aos

Tem-se entendido que a comunhão de vida estabelecida entre os conviventes, como se fossem casados, cria uma aparência de vida matrimonial, que pode suscitar a confiança de terceiros que contratem com os conviventes ou com cada um deles. Por isso, entende-se ser razoável a aplicação à união de facto do regime do art. 1691.º, n.º 1, al. b), responsabilizando solidariamente (art. 1695.º) ambos os conviventes pelas dívidas contraídas por qualquer um deles para ocorrer aos encargos normais da vida familiar¹⁷⁶³
1764

Aceitamos, obviamente, que a responsabilização de ambos os conviventes por essas dívidas é a melhor solução, mas *de jure condendo*. A comunhão de vida justifica a responsabilidade de ambos os conviventes pelas dívidas contraídas para ocorrer aos encargos normais da vida em comum. Mas não pode, pelas razões já expostas, aplicar-se a comunicabilidade das dívidas à união de facto, dado que o disposto nos arts. 1690.º e segs. são de aplicação exclusiva ao casamento, não admitindo aplicação analógica.

conviventes as mesmas obrigações que aos cônjuges quanto às despesas do lar, nomeadamente, uma factura da electricidade. Assim, não há que atender apenas ao convivente que figura como contraente da dívida mas também o outro. Jean Hauser, "Concubinages et pactes civils de solidarité", *RTDC*, n.º 3, 2001, p. 565, comentando a decisão, entende que o resultado que visa é acertado mas atinge-o incorrectamente, sendo antes de invocar a teoria da aparência ou a gestão de negócios, tal como entende alguma jurisprudência (v., Jean-Jacques Lemouland, *loc. cit.*, p. 613). Contra, afastando a responsabilidade comum dos conviventes, v., Cass. Civ. 1.º, de 17 de Outubro de 2000, comentado por Rémy Cabrillac, "Pas de contribution aux charges du ménage...", *loc. cit.*, pp. 497 e 498.

¹⁷⁶³ Referimos apenas as dívidas contraídas para ocorrer aos encargos normais da vida comum, dado que somente em relação a estas se justifica um regime semelhante ao do casamento quanto à sua comunicabilidade. Com efeito, as dívidas previstas na al. a) do n.º 1 do art 1691.º poderão responsabilizar ambos os conviventes nos termos gerais, conjunta ou solidariamente, ou seja, se ambos contraíram ou se obrigaram pela dívida; as dívidas referidas na al. c) pressupõem a existência do casamento dado que só aí surge o vínculo que permite falar em cônjuge administrador, muito embora o proveito comum deva também na união de facto ser considerado, mas para efeitos dos encargos da vida comum; as dívidas contraídas no exercício do comércio (al. d)) nada justifica a sua comunicabilidade na união de facto (tanto mais que a negámos mesmo no casamento), dada a independência patrimonial entre os conviventes e, além disso, o facto de entre estes haver completa separação de patrimónios; as dívidas contraídas em proveito comum antes do casamento (n.º 2) só se justifica comunicarem-se se vigorar o regime de comunhão geral de bens, o que não acontece na união de facto (salvo se os conviventes o estipularem contratualmente); a comunicabilidade das dívidas previstas nos arts. 1693.º e 1694.º pressupõe a existência de um património comum ou a presunção de comunicabilidade de rendimentos, o que, obviamente, não existe na união de facto. O facto de o art. 3.º, al. d), da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, aplicar o regime do imposto de rendimento das pessoas singulares nas mesmas condições dos sujeitos passivos casados (tal como acontece com os conviventes unidos por um PACS há mais de 2 anos, no ordenamento jurídico francês, que respondem solidariamente pelo imposto sobre o rendimento, tal como os cônjuges), não significa que as dívidas de impostos que onerem determinados bens próprios de um dos conviventes se comuniquem, dado que não há qualquer presunção de comunicabilidade dos rendimentos. De referir, porém, que a jurisprudência italiana [v., p. ex., *Corte di Cassazione*, de 3 de Maio de 1967 (*Giust. Civ.*, ano XVII, I, 1967, p. 1473)], chegou indiscriminadamente a aplicar o regime da execução fiscal por dívidas de impostos dos cônjuges aos conviventes, gerando a solidariedade da obrigação, quando a unidade económica da união de facto o justificasse (v., Marina Santilli, *loc. cit.*, p. 812).

¹⁷⁶⁴ A responsabilidade solidária resultaria directamente de uma aplicação analógica do art. 1691.º, n.º 1, al. b), nas relações internas entre os conviventes. Nas relações externas, face a terceiros credores, a responsabilidade de ambos os conviventes resulta indirectamente do referido artigo, já que assenta na aparência de casamento face a estes terceiros (v., *infra*, pp. 771 e segs., quanto à teoria da aparência).

Além disso, entendemos, como melhor se verá *infra*, que a eventual aparência de casamento¹⁷⁶⁵, que justificaria a aplicação do art. 1691.º, n.º 1, al. b), à união de facto, só conduzirá a uma responsabilidade de ambos os conviventes pelas referidas dívidas pela verificação dos pressupostos da responsabilidade civil face a terceiros.

Em todo o caso, a responsabilidade comum pelas dívidas previstas no art. 1691.º, n.º 1, al. b), está ligada ao dever de contribuição para os encargos da vida familiar que impende sobre ambos os cônjuges. Ora, tal dever não existe na união de facto, o que nos leva a excluir também a aplicação do referido artigo à convivência *more uxorio*¹⁷⁶⁶. O que não contradiz o anteriormente referido, ou seja, a comunhão de vida justifica uma responsabilidade comum pelas dívidas contraídas para os encargos normais da vida em comum, mas que não pode encontrar-se numa equiparação com o referido artigo apenas aplicável ao casamento.

Por outro lado, custa-nos a aceitar a responsabilidade solidária de ambos os conviventes. Com efeito, não existe património comum, nem qualquer regime de comunhão rege as relações patrimoniais dos conviventes (salvo se assim o dispuserem contratualmente). O que existirá é uma completa separação de patrimónios e os eventuais bens comuns sê-lo-ão em regime de compropriedade. Por isso, e salvo se os conviventes solidariamente se obrigarem, a responsabilidade comum será conjunta, nos termos gerais (art. 513.º)¹⁷⁶⁷.

¹⁷⁶⁵ Se a razão da eventual aplicação do art. 1691.º, n.º 1, al. b), é a da protecção de terceiros que tenham confiado na aparência de casamento, “não terá sentido considerá-la aplicável relativamente a pares do mesmo sexo (cfr. art. 1577.º do C.C.)” (Nuno de Salter Cid, *A comunhão de vida...*, cit., p. 776, nota 37).

¹⁷⁶⁶ Como entende N. Verheyden-Jeanmart, “Les effets patrimoniaux de l’union libre et de sa rupture”, in AAVV, *L’union libre*, sob a direcção de Ph. De Page/R. De Valkeneer, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 56, a propósito do direito belga, a solidariedade entre os cônjuges pelas dívidas relativas aos encargos da vida familiar é justificada pelo dever de contribuição para as necessidades do lar e educação dos filhos, dever que não existe na união de facto.

Além disso, podemos ainda acrescentar o facto de a lei, na al. b) do n.º 1 do art. 1691.º, apenas visar as dívidas relativas aos encargos decorrentes da vida em comum assente numa relação de família (“vida familiar”), não abrangendo nem tendo sido pensada para as relações parafamiliares como a união de facto.

¹⁷⁶⁷ É, de facto, de entre os regimes de bens matrimoniais, o regime de separação de bens que mais se aproxima das relações patrimoniais entre os conviventes. Com efeito, neste regime há bens próprios e bens em compropriedade. Em matéria de titularidade e partilha dos bens, a solução não diferirá significativamente da encontrada para a união de facto (onde, a haver bens comuns, serão em compropriedade e não em comunhão), com a única vantagem de, naquele regime, haver a presunção do art. 1736.º, n.º 2, quanto aos bens móveis. Quanto aos bens imóveis, no regime de separação de bens (e na união de facto) cada bem será daquele que aparecer como seu titular e se o outro contribui para a sua aquisição tê-lo-á de provar invocando um crédito face ao outro cônjuge a exercer nos termos gerais do Direito das Obrigações. A haver alguma similitude, será com o regime da separação de bens. E, por isso, mesmo que se admitisse a aplicação analógica do art. 1691.º, n.º 1, al. b), sempre teria de aplicar-se o art. 1695.º, n.º 2, e não o seu n.º 1. Aliás, as legislações europeias que apresentam uma regulamentação específica da união de facto fixam como regime legal regulador das relações patrimoniais entre os conviventes o regime de separação de bens (p. ex., o § 6.º, 3.º, da *Lebenspartnerschaftsgesetz (LPartG)* alemã (ainda que fale em separação de patrimónios (*Vermögensstand*) e não separação de bens

Quanto a esta matéria, importará distinguir as dívidas contraídas por ambos e as dívidas contraídas por apenas um dos conviventes, para ocorrer aos encargos da vida comum. Se a dívida foi contraída por ambos os conviventes, ambos se obrigaram e ambos responderão, solidária (dívida comercial ou se assim se obrigaram)¹⁷⁶⁸ ou conjuntamente (dívida civil), pela mesma dívida. Tal prova resultará do próprio acto de contracção da dívida, que conterà a assinatura de ambos ou a sua identificação¹⁷⁶⁹. Os conviventes são tratados como qualquer pessoa, ou seja, a união de facto não gera efeitos jurídicos que levem a um tratamento jurídico diferenciado relativamente à generalidade dos sujeitos de qualquer outra relação jurídica¹⁷⁷⁰. A eventual responsabilidade solidária ou conjunta que possa resultar da contracção da dívida por ambos os conviventes, não decorre dos arts. 1691.º e 1695.º, mas das regras gerais.

O principal problema coloca-se quanto às dívidas contraídas por apenas um dos conviventes, mas para ocorrer aos encargos normais da vida comum e, por isso, em proveito de ambos. Não sendo de aplicar as regras relativas à responsabilidade por dívidas contraídas pelos cônjuges (arts. 1690.º e segs.), de acordo com as regras gerais, será responsável o convivente que contraiu a dívida, não havendo, aparentemente, meio de responsabilizar o outro convivente mesmo que a dívida beneficie a ambos¹⁷⁷¹. Tal

(*Gütertrennung*), o regime é o mesmo), ou o art. 18.º da *LPart* suíça). Gernhuber/Coester-Waltjen, *Lehrbuch des Familienrechts*, 4.ª ed., München, C. H. Beck, 1994, § 44, IV, 3, p. 663, mesmo antes da regulamentação actual, defendiam que as relações patrimoniais entre os conviventes deviam reger-se por referência ao casamento com separação de bens.

¹⁷⁶⁸ No caso de dívida contraída por ambos os conviventes através de título constitutivo que os responsabilize, a solidariedade da dívida resulta do próprio título, ou seja, da vontade manifestada pelos conviventes nesse sentido (art. 513.º, 2.ª parte). Por outro lado, se existir dívida comercial, nomeadamente, título de crédito, a solidariedade pela dívida resulta da própria lei (art. 513.º, 1.ª parte, do Cód. Civil, e art. 47.º da LULL).

¹⁷⁶⁹ França Pitão, *ob. cit.*, p. 184, apresenta como exemplos a aquisição pelos conviventes da casa de morada comum com recurso a crédito bancário, em cujo contrato ambos intervieram e assumiram-se como devedores. No caso de falta de pagamento, o credor poderá executar em primeiro lugar, e havendo hipoteca voluntária sobre o imóvel para garantia de pagamento, o bem dado à hipoteca e, em caso da sua insuficiência, penhorar bens de ambos os conviventes ou de qualquer um deles, dado que se obrigaram como devedores solidários no acto de constituição da dívida. Os conviventes poderão também ter recorrido a um empréstimo bancário, de crédito pessoal, para fazer face a dificuldades financeiras da vida em comum, subscrevendo uma livrança para garantia da quantia mutuada. Em caso de incumprimento o credor poderá executar o título, penhorando bens de qualquer um dos conviventes.

¹⁷⁷⁰ França Pitão, *ob. cit.*, p. 185. Também Danièle Huet-Weiller, “Rapports pécuniaires des concubins avec les tiers”, in AAVV, *Indépendance financière et communauté de vie*, *cit.*, pp. 129 e segs., escreve que, por regra, as dívidas contraídas por um dos conviventes apenas o responsabilizam a si, salvo se ambos assumiram a dívida (p. ex., se ambos assinaram o contrato de arrendamento ou se constituíram como devedores solidários no empréstimo contraído...).

¹⁷⁷¹ Poderá haver expedientes legais para minorar o prejuízo sofrido pelo convivente devedor se se provar, p. ex., que o pagamento da dívida constituiu um meio de enriquecimento sem causa do outro convivente.

França Pitão, *ob. cit.*, p. 181, apresenta como exemplo a aquisição por um dos conviventes de mobília do quarto de dormir a crédito, para recheiar a casa de morada comum. Apenas esse convivente será responsável pelo pagamento das respectivas prestações

solução pode gerar situações injustas não só entre os conviventes (dado que um deles poderá ter de suportar sozinho uma dívida que a ambos beneficia) como também face a terceiros credores que confiaram na aparência externa de casamento e poderão não conseguir ver satisfeito o seu crédito pelo património de apenas um dos conviventes, eventualmente, o menos abastado¹⁷⁷². Se a dívida foi contraída por apenas um dos conviventes, mas ambos beneficiaram dos bens ou serviços que a geraram, deveria funcionar um princípio de solidariedade passiva, com base no proveito comum, permitindo ao credor responsabilizar ambos os conviventes pelo pagamento da dívida¹⁷⁷³. Porém, e de acordo com o art. 513.º, a solidariedade de devedores só existe quando resulta da lei ou da vontade das partes¹⁷⁷⁴. Ora, não encontramos preceito legal que estabeleça a responsabilidade solidária dos conviventes pelas dívidas contraídas em benefício da vida em comum e se apenas um dos conviventes contraiu a dívida e figura como devedor, só este será responsável.

França Pitão refere que sempre restará a possibilidade de recorrer a uma responsabilidade parciária. Admite, assim, a possibilidade do credor suscitar a intervenção do outro convivente quando constate que os bens do devedor são insuficientes para o pagamento da dívida. De igual modo, admite que o próprio devedor requeira a intervenção do outro convivente, quando não pretenda assumir integralmente a responsabilidade pela dívida¹⁷⁷⁵. Entende, assim, *de jure condendo*, ser sustentável o credor exigir o pagamento da dívida a cada um dos conviventes, na proporção do interesse que lhe foi satisfeito (presumindo-se ter sido em partes iguais).

Parece-nos que a solução, na falta de melhor recurso, seria a correcta¹⁷⁷⁶. Com efeito, alegando o proveito comum, e provando-se que, efectivamente, a dívida a ambos beneficiou, apesar de apenas um deles figurar como devedor, conseguir-se-ia

(gozando também da presunção de propriedade exclusiva desse bem). O credor apenas poderá accionar esse convivente e somente penhorar os seus bens (art. 817.º).

¹⁷⁷² É evidente que o credor, querendo responsabilizar ambos os conviventes, deveria exigir a criação de solidariedade passiva, nos termos gerais (arts. 512.º e segs.). Havendo responsabilidade solidária o credor está obviamente mais protegido quanto à satisfação do seu crédito, podendo exigir a qualquer um dos devedores a totalidade da dívida.

¹⁷⁷³ Neste sentido, França Pitão, *ob. cit.*, p. 182.

¹⁷⁷⁴ No mesmo sentido dispõe o art. 1202.º do Cód. Civil francês. Não fixando a lei qualquer solidariedade e não sendo de aplicar o art. 220.º do mesmo código à união de facto, não pode responsabilizar-se o outro convivente por uma dívida de empréstimo contraída pelo convivente devedor ainda que ambos beneficiem dela [Cass., 1.ª civ., de 27 de Abril de 2004 (*Recueil Dalloz*, ano 180.º, n.º 20, 2004, pp. 1429 e 1430)].

¹⁷⁷⁵ França Pitão, *ob. cit.*, p. 183. Tais questões apenas se colocarão em fase declarativa e não em acção executiva.

¹⁷⁷⁶ O melhor, porém, seria, à falta de solução legal expressa, responsabilizar solidariamente os conviventes pelas dívidas contraídas para ocorrer aos encargos da vida comum.

responsabilizar também o outro convivente que não contraiu directamente a dívida. Tal solução beneficia não só o convivente devedor como o credor que conseguirá, em princípio, mais facilmente a obtenção do seu crédito¹⁷⁷⁷. Importa agora saber o meio a utilizar para alcançar tal fim.

As soluções propostas pela jurisprudência e doutrina estrangeiras, sobretudo francesa, passam, em matéria de dívidas, pela sociedade de facto¹⁷⁷⁸, pelas regras do mandato tácito, gestão de negócios e teoria da aparência e, subsidiariamente, pelas regras do enriquecimento sem causa.

A aplicação das regras da sociedade, normalmente efectuada na liquidação da união de facto para repartição do activo e passivo¹⁷⁷⁹, permitiria, em matéria de dívidas no decurso da união de facto, a responsabilidade solidária dos conviventes pelas dívidas “sociais” (art. 997.º). Porém, além dos problemas da verificação dos necessários requisitos para a existência de uma sociedade (sobretudo quanto à *affectio societatis*)¹⁷⁸⁰, o problema da responsabilidade por dívidas não ficaria resolvido. Com

¹⁷⁷⁷ Poderá levantar-se objecções à solução, dado na união de facto nem sequer existir um dever de cooperação entre os conviventes, que implicasse a assunção de obrigações recíprocas no sentido de contribuírem para as despesas do lar, de acordo com as possibilidades de cada um (contra, França Pitão, *ob. cit.*, p. 114 e 115, que admite a existência do dever de assistência e cooperação entre conviventes). Assim, nada obriga o convivente não devedor a responder por uma dívida contraída pelo outro e que o beneficiou. Qualquer pessoa pode contrair e responder por dívidas em proveito de outrem, por relações familiares, sociais, de amizade, cortesia... e sem que se responsabilizem ambos.

¹⁷⁷⁸ A doutrina e a jurisprudência francesas chegaram a defender a aplicação dos princípios da sociedade universal, hipótese, entretanto, abandonada. A consideração da comunhão da união de facto como sociedade universal dos bens adquiridos assentava na confusão de patrimónios entre os conviventes. A responsabilidade pelas dívidas da união coincidia com as da sociedade, respondendo por elas os sócios como em qualquer sociedade. No momento da dissolução cada um dos conviventes recebia aquilo com que entrou e que obteve a título gratuito procedendo-se à partilha do restante em proporção com as entradas de cada um. Porém, como nada era acordado no sentido da constituição da sociedade, era difícil apurar aquilo com que cada um entrou, pelo que a jurisprudência francesa dividia frequentemente o “activo social” por metade, incluindo os bens próprios de cada um dos conviventes. Ora, tal mecanismo traduzia uma aplicação do regime matrimonial, além de ser manifestamente injusto ao convivente que mais bens tinha. Mas, mesmo que se entendesse a partilha proporcional, e tratando-se de uma sociedade, era preciso que os seus requisitos estivessem preenchidos. Como refere Eduardo Estrada Alonso, *ob. cit.*, pp. 176 e 177, vigorando o princípio da liberdade de forma, o problema é que não existiria na união de facto uma intenção de obter e repartir os lucros, ou seja, a *affectio societatis*. Não basta a mera coabitação e a confusão de patrimónios para gerar a sociedade. V. também, G. Oberto, *ob. cit.*, pp. 229-233, Bernard Demain, *ob. cit.*, pp. 24 e segs., e Carolina Mesa Marrero, *ob. cit.*, pp. 120-137, defendendo esta autora que a melhor solução é a da sociedade universal dos bens adquiridos, devendo os conviventes acordar, por contrato de coabitação, esta forma de regulação das suas relações patrimoniais. Aliás, a doutrina espanhola tem defendido a aplicação dos princípios da sociedade universal de bens adquiridos, mesmo tacitamente constituída.

¹⁷⁷⁹ É precisamente o recurso às regras das sociedades para a liquidação da união de facto que defende Helen Marty-Schmidt, *ob. cit.*, pp. 347-401. As regras do contrato de sociedade seriam um instrumento jurídico que permitiriam aos conviventes criar um quadro jurídico apropriado à sua situação (p. 408).

¹⁷⁸⁰ A questão de aplicação dos princípios da sociedade de facto só se coloca quando, na base da constituição da “sociedade” entre os conviventes não se encontrem as necessárias declarações de vontade nesse sentido. Se estas existiram, a sociedade, civil ou comercial, será perfeitamente regular, válida e eficaz (não será de aplicar aos conviventes as limitações impostas aos cônjuges). A aplicação das regras da sociedade de facto surge, essencialmente, como forma de regular os problemas da partilha da união de facto

quando se “ficciona” a existência de uma sociedade entre os conviventes, presumindo-se um acordo, de facto, entre eles. A constituição da sociedade presume-se do comportamento dos conviventes, sem que estes tenham expressamente convencionado nesse sentido (Telma Carvalho, *ob. e loc. cit.*, p. 234). Faltando o formalismo da constituição da sociedade, ou seja, não havendo qualquer acto que exteriorizasse o contrato de constituição entre os conviventes, a questão é a da consideração da existência de uma sociedade de facto, à qual se aplicarão as regras do tipo societário em causa e, na maioria dos casos, das sociedades civis. Enquanto que em relação às sociedades civis a regra é a da liberdade de forma (art. 981.º), as sociedades comerciais, cuja constituição exige a redução a escrito do contrato de sociedade, com reconhecimento presencial das assinaturas dos seus subscritores (salvo se forma mais solene for exigida para a transmissão dos bens com que os sócios entram para a sociedade, devendo, neste caso, o contrato revestir essa forma - art. 7.º, n.º 1, do Cód. das Sociedades Comerciais), estarão sujeitas às regras das sociedades civis na falta de forma - art. 36.º, n.º 2, do Cód. das Sociedades Comerciais. Sobre estas questões, quanto às sociedades comerciais, v., Ferrer Correia, *Lições...*, *cit.*, pp. 369 e segs., Pupo Correia, *ob. cit.*, pp. 362 e segs., e Brito Correia, *Direito Comercial. Sociedades Comerciais*, vol. II, s.l., AAFDL, 1997, pp. 186 e segs. Qualquer um dos autores chama a atenção para a distinção entre essa sociedade irregular, por falta de forma, e as sociedades aparentes, onde há, face a terceiros, a aparência de existência de uma sociedade mas não há qualquer contrato de sociedade (não existindo qualquer sociedade - art. 36.º, n.º 1, do Cód. das Sociedades Comerciais), ao passo que nas sociedades irregulares esse contrato existe e apenas não foi observada a forma legal. Ora, na união de facto se existir a aparência face a terceiros de uma sociedade o mais normal será que entre os conviventes tenha, efectivamente, existido um acordo de constituição da mesma.

Louis de Naurois, “Les sociétés entre concubins”, *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, ano LXXVII, tomo LVII, 1937, pp. 672 e segs., distingue ainda, relativamente ao ordenamento jurídico francês, a sociedade de facto (sociedade irregular quanto ao fundo ou forma, colocando-se o problema da liquidação da sociedade nula: tendo existido na realidade fáctica, a liquidação far-se-á de acordo com a sociedade que, de facto, existiu) e a sociedade criada de facto (não tem na sua constituição um contrato expressamente formulado, não há vontade de criação de uma verdadeira sociedade, mas do comportamento dos “sócios” resulta face a terceiros a existência de uma sociedade). V. também, Henri Mazeaud, *et alii*, *Leçons de Droit Civil. Régimes matrimoniaux*, *cit.*, pp. 14-16, e *Leçons de Droit Civil. La famille*, *cit.*, pp. 45 e 46, e Terré/Fenouillet, *ob. cit.*, 7.ª ed., pp. 529 e 530.

Apesar de, durante algum tempo, a jurisprudência, sobretudo francesa, ser demasiado benevolente na verificação dos pressupostos de constituição de uma sociedade entre conviventes, tem-se tornado mais exigente (sob pena de, apesar de não estarem preenchidos os referidos pressupostos, se partilhar o património entre os conviventes como se de um regime matrimonial se tratasse - v., Bernard Demain, *ob. cit.*, p. 18, e Jean-Jacques Lemouland, “Mariage. Concubinage. Pacte civil de solidarité”, *Recueil Dalloz*, ano 179.º, n.º 29, 2003, pp. 1940 e 1941, a propósito da decisão do Tribunal de Paris (2.º ch. B), de 12 de Setembro de 2002, e Martin Lipp, *ob. cit.*, p. 120). Com efeito, não basta a mera convivência em comum e a criação de um património para se estar perante uma sociedade. Em termos gerais, são três os requisitos essenciais do contrato de sociedade: a contribuição dos sócios, o exercício em comum de uma certa actividade económica, que não seja de mera fruição, e a repartição dos lucros (v., por todos, Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil...*, *cit.*, vol. II, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1997, pp. 285 e segs.). Repare-se que, além do património comum, exige-se a realização de uma actividade económica comum, não bastando a vida em comum nem uma mera participação na fruição, e a intenção de repartição dos lucros (*affectio societatis*). Para a aferição desta intenção, deve o juiz abstrair-se da comunhão de vida e centrar-se apenas na comunhão de trabalho.

Ora, se em alguns casos, tal poderá ocorrer é, na maioria das vezes, difícil a demonstração de tais requisitos, ainda que a vida em comum possa ser um indício dessa vontade de os conviventes se associarem (Catherine Noir-Masnata, *ob. cit.*, pp. 39 e 40). As vantagens que advêm da invocação da sociedade de facto residem no modo de realizar a liquidação e partilha, permitindo uma repartição mais justa do património comum, mesmo que titulado apenas por um dos conviventes, bem como na responsabilização de ambos os “sócios” face às dívidas contraídas por um deles com terceiros (vantagens que se impunham também na equiparação do regime de separação de bens a uma sociedade, o regime mais próximo da união de facto, e da própria união de facto, como demonstrava Carbonnier, *Le régime matrimonial...*, *cit.*, pp. 57-102 e 119-136 e pp. 443-454). Parece-nos que, em todo o caso, restará uma parte do património não sujeito a estas regras: o resultante da comunhão de vida e não da comunhão de trabalho. Neste sentido também se pronunciou Eduardo Estrada Alonso, *ob. cit.*, p. 199. Negando a existência de uma sociedade de facto, por não verificação dos seus pressupostos, v., Mário Corrêa Arez, “Da responsabilidade nas dívidas para sustento dos concubinos”, *Scientia Iuridica*, tomo VIII, 1959, p. 241.

Dada a dificuldade de prova, alguma jurisprudência já entendeu também existir entre os conviventes uma associação ou conta em participação (contrato mediante o qual um dos conviventes concederia uma participação nos lucros ao outro, a troco de uma contraprestação de capital ou de trabalho). V., Carbonnier, *Le régime matrimonial...*, *cit.*, p. 446. O associante conclui em nome

efeito, importa separar a comunhão de vida da comunhão de trabalho e se quanto às dívidas sociais será de aplicar o regime da solidariedade dos sócios, quanto às dívidas que nada tivessem que ver com a actividade societária o problema manter-se-ia¹⁷⁸¹.

A defesa do mandato tácito para responsabilizar ambos os conviventes pelas dívidas contraídas por apenas um deles, deriva do antigo mandato doméstico pelo qual o marido investia a mulher para esta contrair dívidas para ocorrer às despesas domésticas. A mulher, no caso de existir casamento, ocupava-se do lar, das despesas domésticas, das compras, dos criados... Os vendedores, atendendo à situação do marido (funcionário público, comerciante...) concediam crédito à mulher e na altura do pagamento, se este

próprio todos os negócios jurídicos, mesmo que actue por conta e no interesse da associação em participação. Não se constitui qualquer individualidade jurídica diferente da dos que nela intervêm (art. 226.º do Cód. Comercial). Como refere Eduardo Estrada Alonso, *ob. cit.*, p. 196, a propósito do ordenamento jurídico espanhol, exigindo-se o carácter oculto desta associação face a terceiros, tal dificilmente acontecia na união de facto (os terceiros normalmente não desconhecem a associação mas sim a própria união de facto - Bernard Demain, *ob. cit.*, p. 52), além de que seria igualmente difícil presumir que era essa a intenção dos conviventes que, na maioria dos casos, nem sabe em que consiste tal figura jurídica. Neste último sentido, Louis de Naurois, *loc. cit.*, p. 667. Admitindo uma conta em participação, v., quanto ao nosso direito vigente no Cód. de Seabra, Cunha Gonçalves, “A união livre em face da lei”, *Gazeta da Relação de Lisboa*, ano 24.º, 1910, p. 41, e *Tratado de Direito Civil...*, *cit.*, vol. VI, p. 69, tendo-se também pronunciado quanto à consideração da existência de uma sociedade de facto entre conviventes, desde que verificados os seus pressupostos, à luz dos arts. 1249.º e 1251.º e segs. do Cód. Civil de 1867 (“A união livre...”, *loc. cit.*, pp. 42 e 43, e *Tratado de Direito Civil...*, *cit.*, vol. VI, pp. 69 e 79).

Também na Alemanha, G. Beitzke/A. Lüderitz, *ob. cit.*, pp. 36 e 37, e Lüderitz/Dethloff, *ob. cit.*, pp. 223 e 224, referem que à dissolução da união de facto será de aplicar as regras do Direito das Sociedades, o que nem sempre ditará soluções justas. Remetendo, de igual modo, para as regras do Direito Societário, Schwab, “Zivilrecht und nichteheliche Lebensgemeinschaft”, *ob. e loc. cit.*, pp. 68-72 (pronunciando-se sobre a aplicação das regras do Direito das Sociedades, ainda que a sua utilização não tenha utilidade na resolução de certos problemas colocados na união de facto), Uwe Diederichsen, “Rechtsprobleme der nichtehelichen...”, *loc. cit.*, pp. 894-897, Hausmann, *ob. cit.*, pp. 206-216 e pp. 608-611, Dieter Giesen, *ob. cit.*, pp. 249-252, e Martin Lipp, *ob. cit.*, pp. 119 e segs. Estes últimos não deixam de chamar a atenção para a necessária verificação dos elementos constitutivos de uma sociedade e a sua distinção da mera comunhão de vida. Além disso, o principal problema é que o fim da união de facto não é apenas de natureza patrimonial, como nas restantes sociedades, mas também pessoal (v. também, neste sentido, Edith Möschl, *ob. cit.*, pp. 50 e 51). Discute-se também na Alemanha saber em que condições se pode reconhecer uma “sociedade interna” (*Innungsgesellschaften*), nomeadamente, quando existam bens ou dívidas em contitularidade. Trata-se daquelas sociedades pessoais, que podem constituir-se tacitamente, que não produzem efeitos externos, mas apenas efeitos obrigacionais entre os sócios (internamente). Externamente só um dos sócios é que realiza o negócio, que, porém, terá efeitos obrigacionais entre os sócios. Este tipo de sociedades pode realizar-se entre os conviventes ou entre os cônjuges quando, p. ex., celebram de forma tácita um contrato de sociedade sem realizar o património social (Beitzke/Lüderitz, *ob. cit.*, p. 114, e Lüderitz/Dethloff, *ob. cit.*, pp. 141 e 142, e Gernhuber/Coester-Waltjen, *ob. cit.*, § 20, III, 26-28, pp. 184 e 185). Estas sociedades normalmente só se descobrem quando a união ou o casamento fracassa e, portanto, estará fundamentalmente em causa a aplicação das regras da liquidação da sociedade. Trata-se de encontrar uma solução justa para a divisão dos rendimentos do trabalho em comum no fim de uma união ou de um casamento fracassado (e, por isso, o recurso a tal figura era também utilizado para encontrar essa contribuição financeira pelo trabalho prestado). É fundamental, em todo o caso, que os requisitos para a constituição da sociedade estejam preenchidos, como a *affected societatis*. V., Manfred Lieb, *Die Ehegattenmitarbeit im Spannungsfeld zwischen Rechtsgeschäft, Bereicherungsausgleich und gesetzlichem Güterstand*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1970, pp. 5-55 e pp. 193-200, e M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, *cit.*, p. 251, nota 251. Esta autora entende que a situação que configura uma “sociedade interna” entre cônjuges pode corresponder à nossa sociedade civil ou à associação em participação.

¹⁷⁸¹ Eduardo Estrada Alonso, *ob. cit.*, p. 204 e pp. 308 e 309. V. também, Bernard Demain, *ob. cit.*, pp. 76-81.

não era voluntário, podiam exigí-lo ao marido, invocando a existência de um mandato tácito para as despesas domésticas. Ora, tendo o marido obrigação de alimentar e vestir a sua mulher e os seus filhos (arts. 1184.º, §§ 2.º e 3.º, e 140.º do Cód. Civil de 1867), vivendo os cônjuges juntos, sob o mesmo tecto, com a mesma economia doméstica, deveria concluir-se que relativamente àquelas despesas do lar houve autorização marital para a mulher contrair tais dívidas relativas às necessidades do lar. Pertencendo à mulher a administração do lar, embora o marido fosse o chefe da família, admitia-se um mandato tácito, nos termos do art. 1195.º do Cód. de Seabra¹⁷⁸². Cunha Gonçalves, em 1910, admitia a aplicação desta teoria do mandato tácito à “concubina”¹⁷⁸³. Com efeito, entendia que, embora entre os conviventes não existisse qualquer dever legal de viverem juntos e de socorro mútuo, deveria haver forma de evitar que os terceiros credores, que confiaram na aparência de um casamento, não conseguissem obter o pagamento do seu crédito pois o convivente viria recusar o pagamento por não ser o marido. Aplicava, assim, por analogia, o art. 1195.º, dado que o mandato tácito não se fundava tanto na obrigação que tem o marido de sustentar a mulher, mas sim na vida em comum. “Esta vida é observada também pelos concubinos livremente unidos. O amante comeu dos mesmos alimentos; serviu-se dos mesmos móveis e utensílios; foi servido pelos mesmos criados; e, levando para a sua companhia uma mulher, unindo-se a ella livremente, tomou *ipso facto* o compromisso de a sustentar e, portanto, conferiu-lhe tácitamente o mandato para ella comprar tudo o que necessitasse para seu uso ordinario, e especialmente para o uso e consumo communs”¹⁷⁸⁴. O convivente contrairia, assim, uma obrigação natural de sustentar a convivente e seria em virtude dessa obrigação natural que se presumia que o convivente encarregava a sua convivente de efectuar todas as despesas inerentes ao sustento de ambos, assumindo só ele a responsabilidade

¹⁷⁸² Art. 1195.º: “A autorização marital pode ser dada de palavra, por escrito, ou por factos, de que ella necessariamente se deduz”. A atribuição à mulher do governo doméstico, para o exercício do qual esta tinha mandato do marido, foi concedida pelos arts. 38.º e 39.º do Dec. n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910, como já referimos.

¹⁷⁸³ Cunha Gonçalves, “A união livre...”, *loc. cit.*, pp. 73 e 74, e *Tratado de Direito Civil...*, *cit.*, vol. VI, p. 72. Contra, Planiol/Ripert, *Traité élémentaire...*, *cit.*, p. 151, entendendo que o mandato tácito conferido à mulher supunha o casamento e, por isso, não podia aplicar-se aos concubinos. Porém, admite também a existência de uma responsabilidade solidária pelas dívidas contraídas pela concubina com base na aparência de casamento criada face a terceiros. Também contra, por entender que as obrigações de socorro e alimentos não existem nas relações entre “concubinos”, Lacruz Berdejo, *La potestad doméstica...*, *cit.*, p. 30, e Eduardo Estrada Alonso, *ob. cit.*, p. 309, que considera que o mandato doméstico só valeria em relação ao casamento e não podia, por analogia, aplicar-se à união de facto. Porém, apesar de afastar o mandato doméstico admite que as dívidas contraídas por um dos conviventes, seja a mulher ou o homem, podem ser contraídas com mandato tácito do outro, responsabilizando, assim, ambos os conviventes.

¹⁷⁸⁴ Cunha Gonçalves, “A união livre...”, *loc. cit.*, p. 74.

pelo pagamento respectivo¹⁷⁸⁵. Ou seja, o convivente seria responsável pela totalidade das dívidas contraídas pela convivente¹⁷⁸⁶.

Actualmente, tendo ambos os cônjuges capacidade para contrair dívidas, não existe o mandato doméstico para que se possa aplicar à união de facto. Em todo o caso, e deixando de parte o problema da aplicação analógica, a figura do mandato doméstico apenas permitia responsabilizar o convivente homem (tal como o marido no casamento) e não ambos os conviventes. Além disso, a teoria do mandato doméstico foi criada atendendo à incapacidade da mulher casada, o que não acontecia com a mulher unida de facto a outrem.

Todavia, pode recorrer-se hoje, para responsabilização de ambos os conviventes pelas dívidas contraídas para ocorrer aos encargos da vida em comum, à figura do mandato tácito. Pode defender-se a existência de um mandato tácito entre os conviventes, por forma a que terceiros credores que contratem com um dos conviventes possam também responsabilizar o convivente não contratante¹⁷⁸⁷. De facto, esta teoria visa não tanto a protecção dos interesses dos conviventes, mas sobretudo de terceiros que com um deles tenham contratado¹⁷⁸⁸.

O art. 1157.º define o mandato como “o contrato pelo qual uma das partes se obriga a praticar um ou mais actos jurídicos por conta da outra”. É esta a noção que a lei dá de mandato, assim como é explícita a distinção entre mandato e representação, resultante, nomeadamente, da regulamentação, nos arts. 1178.º e segs. e 1180.º e segs., respectivamente, do mandato com e sem representação¹⁷⁸⁹.

¹⁷⁸⁵ Mário Corrêa Arez, *loc. cit.*, p. 242.

¹⁷⁸⁶ Cunha Gonçalves, “A união livre...”, *ibidem*, considera que mesmo que assim não se entendesse sempre se poderia responsabilizar o convivente preenchendo-se os requisitos da existência de uma sociedade. Porém, neste caso, só seria responsável pela sua quota-parte e não pela totalidade da dívida.

Entende o autor não ser de admirar a existência de um mandato conferido à convivente (dona da casa) para contrair dívidas relativas às despesas domésticas, dado que as dívidas contraídas pelos criados, cozinheiros, nos mercados ou mercearias também se consideravam contraídas na totalidade pelo patrão, em virtude de mandato verbal ou tácito.

¹⁷⁸⁷ O convivente contratante obriga-se a si pessoalmente e também, por força do mandato, ao outro convivente. V., F. D’Angeli, *La famiglia di fatto*, Milano, Giuffrè Editore, 1989, pp. 412 e 413. G. Oberto, *ob. cit.*, p. 273, admite a existência expressa de uma cláusula no contrato de coabitação que estipule um mandato em relação aos negócios necessários à satisfação das necessidades da vida em comum.

¹⁷⁸⁸ Como refere Mário Corrêa Arez, *ibidem*, a presunção da existência de um mandato tácito deve considerar-se tendo em vista a situação de terceiros de boa fé, admitindo-se sempre a prova, no caso de não haver, efectivamente, qualquer mandato, de que a responsabilidade pela dívida apenas incumbe ao convivente contratante (referindo-se o autor à mulher dado que se reportava ao mandato doméstico).

¹⁷⁸⁹ Como refere Ferrer Correia, “A procuração na teoria da representação voluntária”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XXIV, 1948, p. 258, e *Estudos Jurídicos II - Direito Civil e Comercial e Direito Criminal*, XXXI, Coimbra, Atlântida Editora, 1969, p. 5, “foi Ihering quem primeiro focou o erro da teoria tradicional e o tentou superar. Mandato e

Só no mandato com representação o mandante ficará directamente vinculado ao negócio.

Quando o mandatário conclui um negócio em nome próprio (mandato sem representação - arts. 1180.º e segs.) o que haverá é uma representação indirecta e não uma verdadeira representação, pois falta a actuação em nome de outrem¹⁷⁹⁰. Haverá aqui uma forma de actuação para outrem e, quando muito, uma “representação de interesses”. Não existindo uma representação em nome de outrem nestas hipóteses, o negócio celebrado entre o mandatário e o terceiro vincula apenas estes, que são as partes do negócio¹⁷⁹¹.

representação não se confundem, são conceitos distintos”, muito embora não se tenha libertado (Ihering) do “velho preconceito” de que o mandato é o necessário fundamento da representação voluntária.

No mandato sem representação há uma interposição real de pessoas: o interposto (o mandatário que não recebeu poderes para agir em nome do mandante) actua em nome próprio, mas no interesse e por conta de outrem, por força de um acordo (o contrato de mandato) entre ele e o mandante. O simples mandatário age por conta do mandante mas em nome próprio; só o mandatário-representante age, ao mesmo tempo, por conta e em nome do mandante. No mandato sem representação, o mandatário não deixa de ser contraente em face de terceiros com quem contratou, mesmo depois de transferir para o mandante os direitos adquiridos na execução do mandato. Repare-se que sendo o mandatário obrigado, nos termos do art. 1181.º, a transferir para o mandante os direitos adquiridos em execução do mandato, não tem este último, antes dessa transferência, qualquer direito sobre o negócio realizado com o terceiro.

A representação dá ao representante o poder de, através de negócios celebrados em nome do representado, fazer valer consequências jurídicas para e contra este último. O que de comum pode existir entre o mandato e a representação é tão só o poder de autónoma modelação da esfera alheia (cfr., os ac. do STJ, de 12.12.1995 (*BMJ*, n.º 452.º, 1996, p. 432); e de 05.03.1996 (*Col. Jurisp. (STJ)*, tomo I, 1996, p. 111). O que, por vezes, acontece é que se fala em mandato e não se está a pensar no contrato autónomo de gestão, mas no acto pelo qual se confere a qualidade de representante. Será esta dualidade de sentidos a causa principal dos equívocos e incertezas. Convém reservar a denominação de mandato para o contrato que obriga à realização de uma actividade jurídica por conta de outrem (quanto ao acto atributivo de poderes representativos, dir-se-á procuração – v., Galvão Telles, “Contratos Cíveis”, *BMJ*, n.º 83.º, 1959, 173-176). No mesmo sentido, Ferrer Correia, “A procuração...”, *loc. cit.*, pp. 261 e 262, e *ob. cit.*, p. 7.

De facto, a representação consiste na realização de um negócio (pelo representante) em nome de outrem, produzindo-se os efeitos de tal negócio imediata e directamente na esfera jurídica deste último (representado), desde que ela se contenha nos limites dos poderes que competem ao sujeito que a emitiu (cfr. o art. 258.º). O representado é, assim, supondo a existência de poderes representativos, aquele a quem são imputados os efeitos do negócio, aquele a quem é atribuída a qualidade de parte do negócio.

O que caracteriza o fenómeno representativo é exactamente o desvio que se opera quanto à destinação do negócio (ou dos seus efeitos) - v., Raúl Guichard Alves, *ob. cit.*, pp. 4 e segs., e Ferrer Correia, “A procuração...”, *loc. cit.*, pp. 260-293, e *ob. cit.*, pp. 7-32. O processo declarativo é realizado pelo representante, mas o resultado dessa actuação traduz-se na esfera jurídica do representado: ocorre, assim, uma cisão entre o sujeito autor do acto e o sujeito a quem pertence a produção dos efeitos jurídicos.

A representação consiste numa actuação em nome de outrem e é esta actuação que verdadeiramente a identifica. Ao actuar em nome de outrem, o representante manifesta que o negócio a concluir o não deve vincular a ele, mas ao representado. Em razão desta vontade que integra o negócio representativo, os seus efeitos não atingem o representante, mas aquele em cujo nome, e para o qual, o negócio é concluído. O representante há-de fazer transparecer, perante a contra-parte, que o negócio é relativo a outrem. Ora, o art. 258.º dispõe expressamente, como pressuposto da representação, que o representante há-de actuar “em nome do representado” e nos arts. 1178.º e segs. e 1180.º e segs. mantém-se a distinção entre mandato com e sem representação.

¹⁷⁹⁰ Raúl Guichard Alves, *ob. cit.*, pp. 73-84.

¹⁷⁹¹ Também no direito alemão actual se distingue o mandato (regulado entre os demais negócios jurídicos) e a representação (regulada na parte geral - § 164.º do BGB). No direito francês, o mandato é regulado na parte especial dos contratos, não se

O art. 1180.º estabelece que o mandatário que aja em nome próprio “adquire os direitos e assume as obrigações decorrentes dos actos que celebra”, mesmo conhecendo o terceiro o mandato. Nos casos em que não há actuação em nome de outrem (não há representação) os direitos decorrentes da execução do mandato são adquiridos pelo mandatário, sendo necessária a transferência de tais direitos para o mandante (arts. 1180.º e 1181.º, n.º 1, e também art. 1184.º, 1.ª parte, para os bens que o mandatário adquiriu em execução do mandato), o mesmo ocorrendo quanto às obrigações contraídas, que só posteriormente o mandante assumirá (cfr. o art. 1180.º e os arts. 595.º, n.º 1, e 1182.º). Por conseguinte, os efeitos do negócio realizado em execução do mandato sem representação dizem respeito apenas ao mandatário, em cuja esfera jurídica os mesmos efeitos se produzem.

Quanto ao negócio realizado pelo mandatário, se este não tem poderes representativos então tal negócio é absolutamente independente do mandato; se o mandatário agir na qualidade de representante, ainda assim o mandato com representação é tão só um pressuposto da repercussão dos efeitos do acto ou negócio representativo na pessoa do representado e não um elemento do próprio negócio representativo. O negócio representativo existe independentemente.

Se o mandato é sem representação não está sujeito a forma especial¹⁷⁹². Mas se o mandato é conferido com poderes representativos, então a outorga dos mesmos revestirá a forma exigida para o negócio a realizar, salvo disposição legal em contrário (arts. 1178.º, n.º 1, e 262.º, n.º 2). Isto é, o contrato de mandato, por si, está isento de forma. Apenas se nele se enquadra o mecanismo da representação, então a outorga desta carece da forma exigida pelo art. 262.º, n.º 2¹⁷⁹³.

Uma vez que, por regra, o mandato é livre de forma, nada impede que a declaração de vontade respectiva seja tacitamente manifestada por factos concludentes, de acordo com a teoria geral da declaração da vontade. O Cód. Civil parte do princípio da liberdade declarativa e distingue, em função disso, três modalidades em que a vontade

expressando, contudo, a autonomização entre mandato e representação (cfr. os arts. 1984.º e segs. do Cód. Civil francês). No direito italiano, o mandato e a representação são figuras autónomas, podendo o mandato ter ou não poderes representativos (cfr. os arts. 1703.º e segs. do Cód. Civil italiano).

¹⁷⁹² Os arts. 1327.º a 1329.º do Cód. de Seabra regulavam em geral, e de modo não muito claro, o problema da forma do mandato e da outorga de poderes representativos. Tais artigos diziam respeito à outorga da representação e não propriamente ao mandato (sem representação). A obscuridade da lei não é de surpreender, dada a confusão frequente no direito de então entre as duas figuras jurídicas.

¹⁷⁹³ Ora, a contracção das dívidas correntes da vida em comum não observará, em princípio, qualquer forma especial, pelo que o mandato e a representação não estão sujeitos a qualquer forma.

pode ser revelada: a declaração pode ser expressa, tácita ou pode ser feita por meio da atribuição de valor declarativo ao silêncio (arts. 217.º e 218.º)¹⁷⁹⁴.

Assim, entre os conviventes pode admitir-se a existência de um mandato tácito e, em princípio, com representação. De facto, se o mandato for sem representação os credores apenas poderão responsabilizar, de imediato, o mandatário (convivente contraente) e não o mandante (o outro convivente). Para a responsabilização deste será preciso que primeiro se verifique a transferência dos direitos e deveres decorrentes da execução do mandato (arts. 1180.º e 1181.º, n.º 1). Este mandato entre conviventes resulta da própria convivência e vida em comum e a sua prova far-se-á através da demonstração dos elementos essenciais à constituição da união de facto¹⁷⁹⁵, não bastando, obviamente, a mera comunhão de vida¹⁷⁹⁶.

¹⁷⁹⁴ Ao lado das hipóteses de mandato exposto e tácito, nos termos legalmente definidos, poder-se-ia admitir o mandato aparente, onde há a aparência de um mandato mas este não existe (ou já não existe), não havendo qualquer declaração de vontade no sentido da sua constituição. V., *supra*, pp. 422 e segs.

Como já o referimos, poderá conceber-se a existência de um mandato aparente, quando, da situação de facto, resultar para o terceiro a aparência da existência de um mandato, sem que o “mandante” tenha declarado qualquer vontade nesse sentido, mas não se tenha oposto a uma actuação de outrem por sua conta. Existindo a aparência de um mandato nos termos vistos, o “mandante” aparente será considerado um verdadeiro mandante, isto é, aplicar-se-ão as regras do mandato. Contudo, deve entender-se que a mera aparência não pode criar um contrato de mandato, ou seja, o “mandante” não responderá como um real e verdadeiro mandante, como se de um mandato se tratasse, mas apenas no âmbito de uma responsabilidade pré-contratual, nos termos do art. 227.º, por culpa *in contrahendo*. Tratando-se de um verdadeiro silêncio do “mandante”, ou seja, se ele não se manifestou sequer indirectamente, sabendo que alguém actuou ou actua por sua conta, essa “omissão” só valerá como declaração negocial nos termos do art. 218.º. Nos demais casos, não haverá qualquer declaração de vontade. Se houver qualquer manifestação de vontade então estaremos perante um mandato tácito e esse já será um verdadeiro mandato. Neste sentido, Raúl Guichard Alves, *ob. cit.*, pp. 143 e segs., defende que, no sistema legal português, deve rejeitar-se a construção da figura do mandato aparente (ainda que se refira, mais concretamente, ao instituto da representação). Contra tal concepção depõe a disciplina legal da falta de consciência na declaração (art. 246.º). De facto, dispõe o art. 246.º que a declaração não produz qualquer efeito, mesmo que a falta de consciência na declaração não seja conhecida do declaratório, e estabelece-se uma indemnização para a hipótese da falta de consciência ser devida a culpa do declarante. A aparência jurídica da existência de um mandato conduz apenas a uma responsabilidade do “mandante” pelo seu comportamento e pelo dano que dele resultou.

Assim, se o mandato entre conviventes for meramente aparente, não serão de aplicar as regras do mandato mas as da responsabilidade pré-contratual. No mesmo sentido, v., o ac. da RC, de 27.01.1987 (*Col. Jurisp.*, tomo I, 1987, p. 40). V. também, sobre a figura do mandato, Cristina M. Araújo 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. 181-208.

É nesta protecção da aparência que assenta, como veremos, a teoria da aparência defendida pela jurisprudência francesa para responsabilizar ambos os conviventes pelas dívidas contraídas por um deles.

¹⁷⁹⁵ O mandato geral (art. 1159.º, n.º 1) abrange apenas os actos de administração ordinária. Ora, a contracção de dívidas para ocorrer aos encargos normais da vida comum consubstanciará, em princípio, actos de administração ordinária.

¹⁷⁹⁶ Eduardo Estrada Alonso, *ob. cit.*, pp. 311 e 312.

Shwab, *ob. cit.*, pp. 355 e 356, admite, tal como, ainda que timidamente, a jurisprudência alemã, a existência de acordos implícitos ou tácitos entre os conviventes, nomeadamente, um mandato, deduzidos do modo como decorrem as suas relações económicas e patrimoniais.

Por isso, se o convivente contratante contrair uma dívida para ocorrer aos encargos normais da vida comum investido em mandato do outro, vinculando-se, por isso, não apenas a si mas também ao outro, a responsabilidade pela dívida será dos dois, ou seja, poderá o terceiro credor exigir o pagamento da mesma a ambos os conviventes. Não tendo os conviventes convencionado a solidariedade pela dívida¹⁷⁹⁷, nem resultando tal regime da lei, a responsabilidade será conjunta, isto é, cada um dos conviventes responderá pela parte que lhe competir (presumindo-se a repartição em partes iguais, dado que ambos beneficiarão em igual proporção da vantagem obtida com a contracção da dívida). Pode, porém, o credor, para defesa do seu crédito, demonstrando-se a insolvência do convivente não contratante, responsabilizar apenas o seu devedor, com quem contraiu a dívida. Repare-se que a prova do mandato tácito será alegada por quem interessar e o terceiro poderá não ter qualquer interesse nisso. Em todo o caso, se apenas um dos conviventes vier a responder na totalidade por uma dívida que a ambos beneficiou terá sempre a possibilidade de recorrer ao instituto do enriquecimento sem causa, que referiremos adiante.

Outra figura a que a doutrina e jurisprudência estrangeiras recorrem é a gestão de negócios, vendo-a na actuação do convivente que contrai dívidas para ocorrer às necessidades ordinárias da vida em comum (art. 464.º)¹⁷⁹⁸.

A gestão de negócios surge da necessidade de prover, em lugar do titular do direito, a certos actos urgentes a fim de evitar prejuízos que podem ser graves. No caso de afastamento ou impossibilidade de actuação do titular do direito a lei prevê que um terceiro, embora carecido de autorização para o efeito, pratique actos de defesa, conservação ou frutificação dos bens daquele ou o exercício de certos direitos ou cumprimento de determinados deveres, no interesse do dono do negócio. Ao contrário do mandato, e ainda que actue como mandatário de facto, o gestor não tem autorização do dono do negócio. Em termos gerais, para haver gestão de negócios impõe-se a

¹⁷⁹⁷ Nos termos do art. 513.º, a solidariedade ou resulta da lei ou da vontade das partes. Ora, esta vontade pode ser expressa ou tácita (art. 217.º). Podem, por isso, os conviventes acordar expressa ou tacitamente a solidariedade da dívida, quando, neste último caso, dos factos se deduza com toda a probabilidade que foi isso que se visou. Na declaração tácita os actos em que ela se traduz são meramente significativos duma vontade funcional ou negocial pré-existente (Castro Mendes, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, Lisboa, AAFDL, 1995, p. 79). E, de facto, pode entender-se que tal como beneficiam ambos de *todo* o proveito que resulta da contracção da dívida para ocorrer aos encargos quotidianos, também devem ambos responder pela dívida na *totalidade*.

¹⁷⁹⁸ É interessante notar que a gestão de negócios e o enriquecimento sem causa eram institutos utilizados para tentar justificar o poder da mulher no exercício doméstico quando esta era dotada de incapacidade para, em geral, contrair dívidas. V., Lacruz Berdejo, *La potestad doméstica...*, cit., pp. 34-40.

direcção por alguém de negócio alheio, a sua actuação no interesse e por conta do dono do negócio e que não haja autorização deste¹⁷⁹⁹.

A gestão de negócios permitirá regular as relações internas dos conviventes, dado que se o dono do negócio (convivente não contratante) aprovar a gestão ou esta tiver sido exercida no seu interesse real ou presumido, deverá reembolsar o gestor (convivente que contraiu a dívida) pela parte que lhe cabe na dívida (arts. 468.º, n.º 1, e 469.º). Caso a gestão não tenha sido exercida no interesse real ou presumido do dono do negócio, este responde face ao gestor de acordo com as regras do enriquecimento sem causa (art. 468.º, n.º 2). Face a terceiros, a situação depende da qualidade em que o convivente gestor interveio. Se agiu em nome do outro convivente aplicar-se-ão os princípios da representação sem poderes (arts. 471.º e 268.º), ou seja, o negócio produzirá efeitos em relação ao convivente dono do negócio se este o ratificar (chamando a si o negócio realizado por outrem em seu nome), podendo, portanto, o terceiro responsabilizar ambos os conviventes tal como acontece no caso do mandato. Caso o não ratifique o negócio é ineficaz em relação ao *dominus*, fazendo com que o terceiro se sujeite ao risco de o negócio não valer em relação a este. Se o convivente gestor celebrou o negócio em seu próprio nome, o negócio rege-se pelos princípios do mandato sem representação (arts. 1180.º e segs.). Também neste caso, o terceiro não conseguirá responsabilizar o outro convivente pela dívida contraída. Ou seja, só no caso de termos gestão representativa com ratificação, assemelhando-se ao mandato, a responsabilidade pela dívida contraída poderia ser de ambos os conviventes conjuntamente.

Contudo, esta figura parece de mais difícil aplicação dado que, desde logo, o negócio não é alheio ao convivente gestor. O interesse seria alheio quando a necessidade que o acto visa satisfazer é do outro convivente e não do convivente gestor, o que não acontece com as dívidas do lar contraídas por um dos conviventes¹⁸⁰⁰. Ao contrair a dívida o “gestor” também actua a título pessoal e satisfaz interesses próprios. Por outro lado, a necessidade da intervenção que justifica a direcção do negócio pelo gestor sem

¹⁷⁹⁹ Quanto aos requisitos da gestão de negócios, v., por todos, Antunes Varela, *Das Obrigações...*, cit., pp. 451-457, e Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, cit., pp. 432-436.

¹⁸⁰⁰ Como refere Antunes Varela, *Das Obrigações...*, cit., p. 453, não chega a colocar-se os problemas da gestão se estiverem em causa interesses próprios do gestor. Também Jean Hauser/Danièle Huet-Weiller/Jacques Ghestin, *ob. cit.*, p. 808, entende que pode recorrer-se à figura da gestão de negócios para que o terceiro credor possa responsabilizar pelas dívidas correntes o convivente não contraente. Porém, a prática do acto interessará normalmente aos dois conviventes, pondo em causa a actuação altruísta do gestor.

ter autorização para tal, dificilmente se verifica em relação à contracção de dívidas por um dos conviventes¹⁸⁰¹, assim como a situação de incapacidade ou de ausência de um dos conviventes que justifica a gestão pelo outro¹⁸⁰².

A doutrina francesa tem preferido o recurso à teoria da aparência para responsabilizar ambos os conviventes pelas dívidas em análise¹⁸⁰³. A teoria da aparência assenta na razoável presunção de existência de casamento que a situação de união de facto provoca perante terceiros de boa fé. De facto, a verificação da convivência *more uxorio* cria perante terceiros de boa fé a aparência de que efectivamente os conviventes são casados (casamento aparente), nomeadamente, concedendo crédito a um dos conviventes para ocorrer aos encargos da vida em comum, julgando que também o outro seria responsabilizado. Se há culpa dos conviventes no sentido de que induziram terceiros a julgar que eram casados, deverão reparar o prejuízo causado por essa

¹⁸⁰¹ Neste sentido, Eduardo Estrada Alonso, *ob. cit.*, p. 312. Como refere Alain Prothais, "Le droit commun...", *loc. cit.*, n.º 11, quanto à gestão de negócios, "les juges ne l'ont pas retenue entre concubins, faute de spontanéité de l'immixtion, d'intention altruiste, ou pour opposition du prétendu «maître»".

¹⁸⁰² A existência de um mútuo foi também utilizada pelos tribunais alemães para responsabilizar ambos os conviventes. Tratar-se-ia de um empréstimo de um dos conviventes ao outro da quantia em dinheiro correspondente à sua participação nos encargos normais da vida familiar. Ainda que, e tratando-se de dívidas de pequeno montante, haja liberdade de forma (art. 1143.º), parece difícil mesmo tacitamente provar a existência de tal mútuo, que implicaria um acordo entre os conviventes no sentido de a quantia emprestada por um ao outro ser directamente paga ao terceiro credor. Além disso, tal figura permitiria apenas um eventual reembolso face ao convivente que pagou a totalidade da dívida, não produzindo efeitos face a terceiros, isto é, perante o credor só o convivente contraente seria responsável pela dívida.

¹⁸⁰³ V., p. ex., Roger Nerson, "Les couples non-mariés en France", in AAVV, *Marriage and cohabitation...*, *cit.*, p. 206, Françoise Alt-Maes, *loc. cit.*, p. 676, Luc Mayaux, *ob. e loc. cit.*, p. 48, Jean Hauser/Danièle Huet-Weiller/Jacques Ghestin, *ob. cit.*, pp. 798 e 809, Alain Bénabent, *ob. cit.*, p. 39, Jean Carbonnier, *Droit Civil. La famille...*, *cit.*, p. 672, Goubeaux/Voirin, *Droit Civil*, tomo I, 28.ª ed., Paris, LGDJ, 2001, pp. 135 e 136, Jacqueline Rubellin-Devichi, *ob. cit.*, pp. 392 e 393, e "L'attitude du législateur contemporain...", *loc. cit.*, p. 398, Cornu, *Droit Civil. La famille...*, *cit.*, p. 87, Patrick Courbe, *ob. cit.*, p. 219, etc. Os tribunais dividem-se quanto à questão, conforme refere François Boulanger, *ob. cit.*, pp. 360 e 361, que, por sua vez, refere também as teorias da gestão de negócios ou do mandato tácito. Philippe Malaurie, *loc. cit.*, p. 27, admite as duas possibilidades (mandato e teoria da aparência). Bernard Demain, *ob. cit.*, pp. 115 e segs., a propósito da aplicação das regras das sociedades de facto e do enriquecimento sem causa, não deixa de referir a protecção de terceiros pela aparência de casamento criada pelos conviventes.

Por seu lado, a doutrina espanhola prefere a teoria do mandato tácito. V., p. ex., Eduardo Estrada Alonso, *ob. cit.*, pp. 183 e 316. Também Pénélope Agalopoulos, "La situation juridique des couples non-mariés selon le droit hellénique", *Revue Hellénique de Droit International*, anos 38.º e 39.º, 1985/1986, p. 409, a propósito do ordenamento grego, defende a aplicação da "*procuracion tacite*".

Sérgio Alagna, "Famiglia di fatto...", *loc. cit.*, p. 294 e pp. 298 e segs., a propósito das relações bancárias entre conviventes, refere a aparência de casamento face a terceiros (banca) para defender, *de jure condendo*, a aplicação das regras bancárias reguladoras da relação conjugal à união de facto. É também uma referência à aparência externa de casamento criada a terceiros que o mesmo autor faz para admitir a responsabilidade de ambos os conviventes por dívidas contraídas por um no interesse comum ("La famiglia di fatto", *Famiglia e rapporti tra coniugi...*, *cit.*, p. 416). F. D'Angeli, *ob. cit.*, p. 415, e no caso de não se admitir a teoria do mandato tácito, defende a aplicação por analogia da regra do art. 186.º, al. c), do Cód. Civil italiano, por forma a responsabilizar ambos os conviventes pelas dívidas relativas às despesas da vida em comum. Assenta, assim, a necessidade de protecção do terceiro de boa fé na aparência de casamento criada.

aparência enganosa e a melhor forma de o fazer é responder pela dívida como se, de facto, fossem casados¹⁸⁰⁴, ou seja, respondendo ambos pelas dívidas contraídas por um para ocorrer às despesas domésticas¹⁸⁰⁵. Esta responsabilidade¹⁸⁰⁶ será solidária¹⁸⁰⁷,

¹⁸⁰⁴ Jean Carbonnier, *Droit Civil. La famille...*, cit., p. 672. Também, Alain Bénabent, *ob. cit.*, p. 39, e Cornu, *Droit Civil. La famille...*, cit., p. 88, nota 14, referindo os autores que esta tem sido a posição assumida pelos tribunais [p. ex., Rouen, de 30 de Outubro de 1973 (*D.* 1974, somm. 19)], e as decisões contrárias não se referem às dívidas face a terceiros (*obligation à la dette*) mas à contribuição para a dívida nas relações internas entre os conviventes [p. ex., Paris, de 21 de Setembro de 1989 (*D.* 1990, p. 500, note Paisant) ou Cass. Civ. 1.^{re}, de 11 de Janeiro de 1984 (*Recueil Dalloz Sirey*, n.º 36.º, 1987, p. 249)]. Alain Prothais, “Dettes ménagères des concubins: solidaires, *in solidum*, indivisibles ou conjointes? (après l’arrêt Civ. 1.^{re}, 11 janv. 1984)”, *Recueil Dalloz Sirey*, n.ºs 35.º e 36.º, 1987, pp. 241-243, refere claramente que a decisão da *Cour de Cassation* reporta-se à “*contribution à la dette*”, ou seja, a questão do eventual reembolso ao convivente que pagou a totalidade da dívida (negando aí a aplicação do art. 220.º do Cód. Civil francês aos conviventes). V. também, sobre esta decisão jurisprudencial, Danièle Huet-Weiller, *ob. e loc. cit.*, pp. 131 e 132.

¹⁸⁰⁵ Não existindo na união de facto qualquer dever de contribuição, ao contrário do que acontece no casamento, esta possibilidade permite aplicar à união de facto um regime idêntico ao previsto no art. 220.º do Cód. Civil francês para o casamento. V., M. Delmas-Marty, *ob. cit.*, p. 80 e pp. 100 e 101, Jean Hauser/Danièle Huet-Weiller/Jacques Ghestin, *ob. cit.*, p. 136, Henri Mazeaud, *et alii*, *Leçons de Droit Civil. La famille*, cit., p. 48, e Cornu, *Droit Civil. La famille...*, cit., p. 87. Como se refere em AAVV, *Le couple et son patrimoine*, cit., p. 268, o art. 220.º do Cód. Civil francês, que estabelece a responsabilidade solidária dos cônjuges pelas dívidas contraídas por um deles para a educação dos filhos ou para as despesas domésticas, é inaplicável às pessoas que não estão ligadas pelo vínculo do casamento (neste sentido, v., Cass. Civ. 1.^{re}, de 11 de Janeiro de 1984 (*loc. cit.*), que surge como a primeira decisão da *Cour de Cassation* a pronunciar-se sobre a matéria). Uma aplicação indirecta do mesmo artigo pode, porém, ocorrer quando os conviventes, pelo seu comportamento, criaram a aparência de casamento perante terceiros. Nestes casos estes podem responsabilizar solidariamente ambos os conviventes. Neste sentido, M. Grimaldi, *et alii*, *ob. cit.*, p. 15, e Annie Lamboley/Marie-Hélène Laurens-Lamboley, *Travaux dirigés...*, cit., p. 3.

¹⁸⁰⁶ Eduardo Estrada Alonso, *ob. cit.*, pp. 313 e 314, refere que a doutrina da aparência pode assentar em dois fundamentos: nas regras da responsabilidade civil extracontratual ou na teoria do erro sobre a pessoa como fundamento de invalidade dos negócios jurídicos (alegado, essencialmente, pela doutrina espanhola). Porém, esta última posição não será defensável, nem à face da legislação espanhola, como, aliás, refere o autor, nem perante a lei portuguesa.

De facto, o art. 251.º permite a anulação do negócio com base em erro sobre a identidade ou qualidade da pessoa, exigindo que os requisitos do erro estejam preenchidos (essencialidade, desculpabilidade e propriedade). Ora, em primeiro lugar, o erro deve recair sobre a identidade ou qualidade da pessoa, ou seja, é atendendo à pessoa que o negócio se realizou. Depois, o erro só é essencial quando levou o errante a concluir o negócio, em si mesmo e não nos termos em que foi concluído, ou seja, o terceiro só terá vendido algo a um dos conviventes porque supôs erradamente que quem contraía a dívida era também o outro convivente, de modo que se ele verdadeiramente conhecesse que apenas um era o contraente nunca teria concluído o negócio (Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, cit., vol. II, pp. 237 e 238, Mota Pinto, *ob. cit.*, pp. 508 e 509, e Heinrich Ewald Hörster, *A parte geral do Código Civil português...*, cit., p. 573). Ora, a consideração deste erro no caso de contracção de dívida por um dos conviventes assentando no pressuposto de que era casado, ou seja, a realização do negócio só atendendo a esse factor pode não ser a melhor solução (não se trata de negócios *intuitu personae*, como refere Eduardo Estrada Alonso, já citado). Henri Mazeaud, *et alii*, *Leçons de Droit Civil. La famille*, cit., p. 48, admitem a invocabilidade do erro sobre a pessoa do contraente para invalidar o negócio e os tribunais já se pronunciaram sobre a “*nullité du contrat, si du moins la qualité d’époux a été prise en considération par le cocontractant*”. Só que para isso é preciso que os pressupostos do erro estejam preenchidos.

Como referimos a propósito do mandato aparente a eventual solidariedade pela dívida resultará da verificação das regras da responsabilidade civil e não na mera aparência de casamento que implicará uma aplicação directa da regra do art. 1691.º, n.º 1, al. b).

¹⁸⁰⁷ Federico J. Cantero Núñez, *ob. e loc. cit.*, p. 417, admite a responsabilidade solidária assente na aplicação analógica do art. 1319.º do Cód. Civil espanhol, decorrente da aparência criada em terceiros credores, e não nas regras da responsabilidade civil, posição que, pelo já exposto, não partilhamos. No mesmo sentido pronuncia-se Maria E. Rovira Sueiro, *loc. cit.*, pp. 294 e 295, a propósito do art. 186.º do Cód. Civil italiano, cuja aplicação analógica admite à união de facto assente na tutela de terceiros de boa

permitindo, assim, responsabilizar qualquer um dos conviventes (mesmo o não contraente) pela totalidade da dívida. Portanto, a aparência enganosa de casamento origina para os conviventes uma responsabilidade solidária, semelhante à que se produz entre os cônjuges¹⁸⁰⁸. A solução parece justa dado que certos terceiros credores, sobretudo, os que contribuem para o sustento das necessidades ordinárias da vida em comum, como o pequeno comerciante, o merceiro, o talhante..., sabem que, tratando-se de pessoas casadas, as dívidas contraídas por um também responsabilizam o outro. Perante um casal que em tudo aparenta ser casado, cria-se legitimamente nestes terceiros a expectativa que ambos responderão pela dívida e é esta legítima expectativa e legítimo interesse de terceiros que a teoria da aparência visa tutelar¹⁸⁰⁹.

Entendemos que, existindo a aparência de casamento, o “cônjuge” aparente não será considerado um verdadeiro cônjuge, isto é, não se aplicam as regras do casamento, mas surge uma responsabilidade de ambos face a terceiros no âmbito de uma responsabilidade civil¹⁸¹⁰, ou assente num mandato tácito, como já referimos. A aparência jurídica da existência de um casamento conduz a uma responsabilidade dos conviventes pelo seu comportamento e pelo dano que dele resultou. Porém, impõe-se que os pressupostos da responsabilidade civil, previstos no art. 483.º, estejam preenchidos¹⁸¹¹. Duvidamos que a aparência de casamento constitua um facto ilícito gerador de responsabilidade civil (é forçado considerar o engano resultante da aparência

fé que acreditaram na aparência de casamento. E o mesmo se diga quanto à maioria da doutrina portuguesa (v., *supra*, pp. 753 e segs.).

¹⁸⁰⁸ O objectivo principal, como indica Eduardo Estrada Alonso, *ob. cit.*, p. 314, é o de evitar uma situação de benefício da união de facto em relação ao casamento. A aparência de casamento é também referida por Leite de Campos, *Lições...*, *cit.*, p. 21, para permitir a aplicação analógica do art. 1691.º, n.º 1, al. b), “tanto nas relações internas como nas relações com terceiros, por não ser exigível a estes o conhecimento da inexistência de casamento por detrás da sua aparência”. De igual modo, e embora perfilhando a tese do mandato, Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, *cit.*, vol. VI, p. 72, e *Direitos de Família...*, *cit.*, p. 22, não deixava de admitir a possibilidade de que, além do mandato, “a responsabilidade do concubino nas dívidas contraídas pela concubina, pode ser fundada na culpa de fazer crer a terceiros na existência de um casal regular (...)”.

¹⁸⁰⁹ De facto, a eventual responsabilidade solidária limita-se às relações com terceiros, ou seja, entre os conviventes não há qualquer razão para aplicar tal regime, respondendo cada um deles pelas dívidas que contraia, salvo estipulação contratual em contrário. V., AAVV, *Le couple et son patrimoine*, *cit.*, p. 268.

¹⁸¹⁰ Até como responsabilidade pré-contratual, nos termos do art. 227.º, por culpa *in contrahendo*, tal como em relação ao já referido quanto ao mandato aparente.

¹⁸¹¹ Sobre os pressupostos, v., por todos, Antunes Varela, *Das Obrigações...*, *cit.*, pp. 525 e segs., e Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, *cit.*, pp. 509 e segs.

M.ª del Carmen Corral Gijón, *loc. cit.*, ano LXXVII, n.º 664, 2001, p. 595, defendendo a aplicação da teoria da aparência, entende que a responsabilidade solidária dos conviventes resulta de uma aplicação das normas da responsabilidade entre os cônjuges, ou seja, a forma de proteger o terceiro é responsabilizar os conviventes como se, na verdade, fossem casados. Por isso, nega a verificação dos pressupostos da responsabilidade civil, exigindo apenas a boa fé do terceiro.

como facto ilícito)¹⁸¹² e que a actuação dos conviventes seja, na maioria dos casos, culposa (salvo, os casos excepcionais onde dolosamente um dos conviventes induziu o terceiro de boa fé a contratar consigo referindo que estava casado com o outro convivente). Por outro lado, a aplicação das regras da responsabilidade civil, por força da aparência de casamento, só pode ser invocada no caso dos credores estarem de boa fé, no sentido da ignorância da união de facto. Com efeito, se os credores sabiam da existência da convivência *more uxorio* não podem, obviamente, alegar o engano fundado na aparência¹⁸¹³. Porém, alguma doutrina e jurisprudência francesas, defensoras da teoria da aparência progressivamente autonomizada das regras da responsabilidade civil, exige apenas para a responsabilidade solidária dos conviventes a mera aparência de que são casados. Para protecção do terceiro, que confiou na aparência, impõe-se um regime de solidariedade como se aplica aos cônjuges (art. 220.º do Cód. Civil francês)¹⁸¹⁴.

Em todo o caso, e atendendo ao já exposto *supra*, a propósito do mandato aparente, achámos preferível a teoria do mandato tácito ainda que deste resulte apenas a responsabilidade conjunta dos conviventes pelas dívidas contraídas para ocorrer aos encargos do lar, enquanto que seria o regime da solidariedade o imposto pela aplicação das regras da responsabilidade civil.

A título subsidiário, e apenas quando os seus pressupostos se verificarem (p. ex., se se provar que um dos conviventes pagou com dinheiro seu uma dívida do outro ou se o terceiro credor só conseguiu obter o pagamento do seu crédito mediante a execução sobre o património de um dos conviventes, tratando-se de dívidas que a ambos beneficiaram) restará o recurso ao instituto do enriquecimento sem causa, assente na ideia de que nenhuma pessoa deve locupletar-se à custa alheia¹⁸¹⁵.

¹⁸¹² Jaime Gouveia, *Lições de Direito da Família*, 1937-38, *apud* Mário Corrêa Arez, *loc. cit.*, p. 239, defendia que a vida em união de facto cria a aparência de que os conviventes são casados, aparência que muitas vezes estes procuram reforçar com as suas atitudes. Sendo, assim, ambos tinham culpa porque visavam enganar o público e todos os outros pressupostos da responsabilidade civil estariam preenchidos. Isto é, além do prejuízo de terceiros credores que deixaram de receber o preço das mercadorias que venderam, considerava o autor que o facto ilícito consistia na falta de pagamento. Parece-nos, porém, que mesmo que assim seja tal só responsabilizaria o convivente que contraiu a dívida e não o outro. Portanto, para, de algum modo, responsabilizar ambos os conviventes, o facto ilícito deverá ser um qualquer acto praticado por ambos, ou seja, a aparência criada em terceiros de existência de casamento.

¹⁸¹³ Como refere Eduardo Estrada Alonso, *ob. cit.*, p. 315, alguns autores franceses, para fazer face aos obstáculos à aplicação das regras da responsabilidade civil quando o terceiro sabia da união de facto, recorrem ao instituto do enriquecimento sem causa, o que, aliás, tem sido frequente.

¹⁸¹⁴ V., Alain Prothais, "Dettes ménagères des concubins...", *loc. cit.*, pp. 238-240.

¹⁸¹⁵ O objectivo do instituto do enriquecimento sem causa é "apagar a diferença no património do enriquecido", não interessando "que o empobrecido fique em situação igual, melhor ou pior que aquela em que estaria se não se tivesse dado a

O enriquecimento carecerá de causa quando o direito o não aprova ou consente, porque não existe uma relação ou um facto que, de acordo com os princípios jurídicos, justifique a deslocação patrimonial; sempre que aproveite a pessoa diversa daquela a quem, segundo a lei, deveria beneficiar. Ora, a união de facto, e um eventual princípio de colaboração entre os conviventes¹⁸¹⁶, não pode considerar-se a causa da transferência patrimonial, a não ser que essa transferência seja realizada com espírito de liberalidade (devendo então provar-se que assim o foi)¹⁸¹⁷. Não é por existir uma união de facto que

deslocação patrimonial que funda a obrigação de restituir” (Pereira Coelho, “O enriquecimento e o dano”, *RDES*, ano XV, 1968, p. 317, nota 5, e p. 332). A obrigação de restituir não visa aqui reparar o dano do lesado (o objectivo da responsabilidade civil – sobre esta relação com a responsabilidade civil, v., Pereira Coelho, “O enriquecimento...”, *loc. cit.*, pp. 331 e segs.), mas suprimir ou eliminar o enriquecimento de alguém à custa de outrem.

O art. 473.º, n.º 1, estabelece que “aquele que, sem causa justificativa, enriquecer à custa de outrem é obrigado a restituir aquilo com que injustificadamente se locupletou”. Para que haja a pretensão de enriquecimento será necessário a verificação de alguns requisitos: 1. a existência de um enriquecimento; 2. que esse enriquecimento se obtenha à custa de outrem; 3. a falta de causa justificativa.

Quanto à questão da determinação exacta do nexo que deverá existir e a relação directa ou indirecta do enriquecimento e o seu suporte, v., entre outros, Antunes Varela, *Das Obrigações...*, *cit.*, pp. 488-496, Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, *cit.*, pp. 454 e segs., Ribeiro de Faria, *ob. cit.*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1990, pp. 377 e segs., e Menezes Cordeiro, *ob. cit.*, vol. II, pp. 54 e segs.

Para que se constitua uma obrigação de restituir fundada num enriquecimento, não basta que uma pessoa tenha obtido vantagens económicas à custa de outra. É ainda necessário que não exista uma causa jurídica justificativa dessa deslocação patrimonial (sobre a determinação do que seja justa causa, v., Vaz Serra, “Enriquecimento sem causa”, *BMJ*, n.º 81.º, 1958, pp. 169 e segs., e Antunes Varela, *Das Obrigações...*, *cit.*, pp. 482-488). O enriquecimento carecerá de causa quando o direito o não aprova ou consente, porque não existe uma relação ou um facto que, de acordo com os princípios jurídicos, justifique a deslocação patrimonial. De qualquer forma, o art. 473.º, n.º 1, enuncia um princípio geral que, pela sua amplitude, permite à jurisprudência contemplar um vasto núcleo de casos que o legislador não poderia prever de modo expresso.

Sobre o enriquecimento sem causa, v., Diogo Leite de Campos, *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, Coimbra, Almedina, 1974, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *O enriquecimento sem causa no direito civil (estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto, face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa)*, Lisboa, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, 1996, e Júlio Manuel Vieira Gomes, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, Porto, Universidade Católica, 1998.

¹⁸¹⁶ É fundado nesse dever de colaboração e solidariedade entre os conviventes, de ordem moral, que a jurisprudência italiana tem admitindo uma prestação compensatória no momento da ruptura da união, com base numa obrigação natural (v., entre outros, Gloria Servetti, “Brevi appunti sullo stato della giurisprudenza in tema di c.d. famiglia di fatto”, *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, ano XVIII, n.º 3, 1989, pp. 877 e 878, e Franco Bile, “La famiglia di fatto nella giurisprudenza della Corte di Cassazione”, *Rivista di Diritto Civile*, ano XLII, n.º 6, 1996, pp. 647 e 648). Nesse sentido pronuncia-se também Laurent Voisin, *ob. e loc. cit.*, pp. 152-154, para admitir uma pensão alimentar no momento da ruptura, e pp. 140-144, a propósito da contribuição dos conviventes para os encargos da vida familiar e da não restituição do indevido (mas não dos coabitantes legais em relação aos quais, tal como entre casados, a lei fixou uma obrigação legal de contribuição para os encargos da vida familiar – art. 1477.º, 3.º, do Cód. Civil belga). A jurisprudência espanhola, por sua vez, assenta tal compensação pelos desequilíbrios patrimoniais no enriquecimento sem causa (Natalia Alvarez Lata, *loc. cit.*, pp. 48-52, e *infra*, p. 778, nota 1829).

¹⁸¹⁷ A questão da qualificação das atribuições patrimoniais entre conviventes, a que o problema referido no texto se liga, era resolvido pela doutrina e jurisprudência italianas por recurso às regras da doação remuneratória (nula por ilicitude da causa quando assente em prestações sexuais) e, ulteriormente, à figura da obrigação natural (também utilizada em França), a que também recorre para justificar uma prestação compensatória no momento da ruptura da união de facto (v., por todos, Busnelli/Santilli, *ob. e loc. cit.*, pp. 783 e 784, e Franco Angeloni, *ob. cit.*, pp. 502-506). Trata-se, porém, de transferências de patrimónios e não tanto do pagamento

se poderá admitir o enriquecimento de um dos conviventes à custa do outro (porque contrai dívidas que não paga ou não contribui para dívidas com as quais beneficia). França Pitão admite existir um dever, embora sem qualquer carácter sancionatório, de assistência e cooperação entre os conviventes, traduzido na obrigação de contribuírem para os encargos da vida familiar. “Não se entende sequer a existência da própria união de facto se tal dever não for “imposto” aos companheiros, na medida em que faltaria um dos pilares fundamentais para o reconhecimento daquela (...), ou seja, a verificação de uma plena comunhão de vida entre eles”¹⁸¹⁸. De igual modo, Giampiero Panico admite a existência de um dever de cooperação e de contribuição dos conviventes para os encargos domésticos, sob pena de não existir a própria convivência *more uxorio*¹⁸¹⁹. Franco Angeloni afasta completamente a possibilidade de recurso ao enriquecimento sem causa, encontrando a causa das transferências patrimoniais na obrigação natural de contribuição entre conviventes¹⁸²⁰.

Federico J. Cantero Núñez, embora não refira qualquer dever de contribuição entre os conviventes, afirma que as prestações realizadas por cada um deles no decurso da união devem considerar-se naturais e voluntárias não gerando, em princípio, qualquer enriquecimento e empobrecimento, sendo, portanto, justificadas¹⁸²¹. Só o que exceder as obrigações naturais decorrentes da vida em comum, será sem causa e fundará uma *actio in rem verso*. Por seu lado, Robert C. Casad, ainda que entenda que nem todas as prestações não remuneradas realizadas por um dos conviventes envolvem um enriquecimento do outro, podendo consistir numa intenção das partes nesse sentido ou numa liberalidade, não afasta o enriquecimento em tudo que exceder as contribuições

de dívidas (ainda que este possa implicar aquelas), pelo que apenas deixamos esta referência. É evidente que se se comprova que se trata de uma liberalidade entre conviventes (cuja validade é aferida nos termos gerais) não haverá qualquer restituição dos montantes adiantados por um dos conviventes para pagamento de uma dívida que não era sua ou só parcialmente o era. Por outro lado, a existência de uma obrigação natural e o princípio da restituição do indevido (assente num “dever” de contribuição para a vida em comum), não impede a prova de um enriquecimento de um dos conviventes à custa de outro com aplicação das regras do enriquecimento sem causa, sobretudo, em tudo que exceder a normal contribuição (neste sentido, Maria E. Rovira Sueiro, *loc. cit.*, p. 293. Contra, Franco Angeloni, *ob. cit.*, pp. 507 e 508, e a jurisprudência belga, de acordo com Stéphanie Michaux, “Lés mécanismes de correction des déséquilibres patrimoniaux lors de la rupture du couple”, in AAVV, *Différentiation ou convergence...*”, *ob. cit.*, p. 236, que vêem na obrigação natural a causa das transferências patrimoniais). E é precisamente isso que poderá acontecer com o pagamento de dívidas.

¹⁸¹⁸ França Pitão, *ob. cit.*, pp. 114 e 115.

¹⁸¹⁹ Giampiero Panico, *loc. cit.*, pp. 263-266.

¹⁸²⁰ Franco Angeloni, *ob. cit.*, pp. 507 e 508.

¹⁸²¹ Federico J. Cantero Núñez, *ob. e loc. cit.*, pp. 438 e 439.

recíprocas em partes iguais, dado que, no momento da dissolução da união de facto, a partilha deve ser equitativa¹⁸²².

Entendemos, porém, que um dever de contribuição para as despesas domésticas só voluntariamente será cumprido e a sua não observação não acarreta qualquer sanção, isto é, não poderá o convivente que pagou a totalidade da dívida contraída para ocorrer aos encargos normais da vida em comum exigir uma qualquer restituição do montante pago em excesso. O que pagou pode considerar-se que o foi no cumprimento de uma obrigação natural, valendo o princípio da não restituição do indevido. Quando muito admitir-se-á o recurso ao instituto do enriquecimento sem causa, preenchidos os seus pressupostos¹⁸²³. Ora, não existindo qualquer dever de cooperação e assistência entre os conviventes não há qualquer causa legal justificativa da deslocação patrimonial para pagamento de dívidas, por parte de um dos conviventes, em benefício de ambos.

A ausência de causa decorre de não estar previsto por lei qualquer dever de contribuição para os encargos da vida em comum¹⁸²⁴. E mesmo que assim se entenda, e salvo se de outra forma for determinado por contrato, tal causa cessará sempre no momento da dissolução desta¹⁸²⁵. O mesmo entendimento tem também sido adoptado para o próprio casamento. Com efeito, tem entendido a jurisprudência que as contribuições monetárias de um dos cônjuges para a aquisição de bens que, no momento da dissolução do casamento e partilha dos bens, fiquem a pertencer ao outro cônjuge, devem ser-lhe restituídas com base no enriquecimento sem causa. Aquelas contribuições não assentam no dever de assistência¹⁸²⁶ e de cooperação (que implica a

¹⁸²² Robert C. Casad, *loc. cit.*, pp. 55 e segs. No mesmo sentido pronuncia-se Jean-Jacques Lemouland, *loc. cit.*, ano 179.º, n.º 29, 2003, p. 1939, ao comentar a decisão do tribunal de Paris, de 29 de Novembro de 2002, que afastou o recurso ao enriquecimento sem causa dado que a participação de um dos conviventes nas contas do outro não excedia o exigido pela vida em comum. Giampeiro Panico, *ibidem*, admitindo um dever de cooperação entre conviventes, nega também a possibilidade de existir qualquer enriquecimento de um em detrimento de outro, dado que aquilo que é prestado é-o no exercício de tal dever.

¹⁸²³ Como refere Antunes Varela, *Direito da Família, cit.*, p. 32, “não há em nenhum caso o reconhecimento de qualquer *dever de cooperação* ou de *assistência* semelhante aos que vinculam reciprocamente os cônjuges”. Também Gazzoni, *ob. cit.*, pp. 124 e 125, entende que a existência de colaboração e contribuição para as despesas comuns é necessária para a convivência em comum, mas daí não decorre qualquer dever jurídico (de igual modo Sérgio Alagna, “Famiglia di fatto...”, *loc. cit.*, pp. 292 e 295, ainda que refira “*un preciso dovere giuridico a prestare, che nasce dalla convivenza*” – p. 293). Referindo também a ausência de qualquer sanção, v., Enzo Roppo, “La famiglia senza matrimonio...”, *loc. cit.*, p. 744, e *Il giudice nel conflitto coniugale...*, *cit.*, p. 239.

¹⁸²⁴ Natalia Alvarez Lata, *loc. cit.*, p. 51, Carolina Mesa Marrero, *ob. cit.*, p. 243, e Lledó Yagüe, *et alii, ob. cit.*, p. 56. V. também, Jean Hauser/Danièle Huet-Weiller/Jacques Ghestin, *ob. cit.*, p. 797.

¹⁸²⁵ V., neste sentido, o ac. da RG, de 29.09.2004 (*loc. cit.*).

¹⁸²⁶ Não se tratando de pagar despesas do dia a dia da família, mas em investir na realização de património de um dos cônjuges, ainda que em benefício da família. Além de que, mesmo que se tratasse de um encargo da vida familiar, se a contribuição de um dos cônjuges exceder a parte que lhe pertencia, estipula o art. 1676.º, n.º 2, a presunção de renúncia ao direito de exigir do outro a correspondente compensação.

obrigação de socorro e auxílio mútuos e de assumirem os cônjuges em conjunto as responsabilidades inerentes à vida da família), mas no próprio casamento. Com a dissolução deste desaparece a causa das transferências patrimoniais¹⁸²⁷.

De referir ainda o carácter subsidiário do instituto do enriquecimento sem causa¹⁸²⁸. Faltará este pressuposto se se admitir a existência, p. ex., de um mandato entre os conviventes para contrair dívidas relativas aos encargos normais da vida em comum.

Ora, as regras do enriquecimento sem causa são essencialmente utilizadas no caso de liquidação da união de facto, para evitar o enriquecimento de um dos conviventes face ao outro¹⁸²⁹. Porém, nada obsta a que um terceiro credor, não conseguindo obter o

¹⁸²⁷ V., p. ex., o ac. do STJ, de 17.01.2002 (<http://www.dgsi.pt>).

Contra, parece pronunciar-se Alain Prothais, “Les rapports pécuniaires des concubins (...)”, *ob. e loc. cit.*, pp. 152 e 153, e “Le droit commun...”, *loc. cit.*, n.º 19, entendendo que a união de facto, à qual a lei atribui efeitos jurídicos, nunca gera um enriquecimento de um dos conviventes face ao outro, contribuindo cada um para as despesas domésticas. Assim, apesar de se negar a existência entre conviventes de um dever de contribuição para tais despesas, se se diz que a união de facto não é causa de enriquecimento significa que todo o enriquecimento entre conviventes não é sem causa. Ora, tal implicará o reconhecimento de tal dever de contribuição que, à partida, se nega.

¹⁸²⁸ O art. 474.º estabelece que “não há lugar à restituição por enriquecimento, quando a lei facultar ao empobrecido outro meio de ser indemnizado ou restituído”. Assim, a questão coloca-se a propósito das situações de facto que preenchem, não só os pressupostos do enriquecimento sem causa, mas também os de outro instituto ou norma. O empobrecido não dispõe de uma acção alternativa, ou seja, apenas poderá recorrer à acção de enriquecimento quando a lei não lhe faculte outro meio de ser indemnizado ou restituído.

¹⁸²⁹ As regras do enriquecimento sem causa são também utilizadas por um dos cônjuges contra o outro quando verificados os respectivos requisitos – v., M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, *cit.*, p. 134, nota 44. Com efeito, como refere a autora na p. 463, algumas decisões da jurisprudência francesa têm considerado que existe um enriquecimento sem causa de um dos cônjuges à custa do outro, tanto na hipótese em que a mulher contribuiu com o seu trabalho em casa e na educação dos filhos, como naquela em que prestou, sem qualquer remuneração, um trabalho em benefício da profissão do marido. Ao comparar o enriquecimento de um com aquilo que o outro deixou de ganhar, a *Cour de Cassation* entende haver um enriquecimento sem causa. Por aplicação dos princípios gerais do instituto do enriquecimento sem causa, a indemnização devida ao cônjuge empobrecido deverá ser igual à menos elevada das duas somas representativas do enriquecimento e do empobrecimento. A indemnização conferida não pode ser igual ao montante total das “remunerações” que o cônjuge empobrecido poderia pretender, dado ser preciso deduzir o valor correspondente à sua contribuição para os encargos da vida familiar (dever de contribuição este que é voluntariamente cumprido pelos membros da união de facto, mas não resulta de qualquer imposição legal). A *Cour de Cassation* atenuou o inconveniente de o valor do enriquecimento ser determinado no dia do pedido e o valor do empobrecimento ser avaliado durante o período em que foi sendo realizado, o que desfavorecia o cônjuge empobrecido, ao considerar que a avaliação do empobrecimento e do enriquecimento correlativo deverá ser feita na mesma data (instauração da acção de divórcio), atendendo ao facto de o cônjuge empobrecido, normalmente a mulher, se encontrar numa situação de impossibilidade moral para agir antes dessa data contra o cônjuge enriquecido, normalmente o marido, como nota M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, *cit.*, p. 463, nota 60, citando Marie-Pierre Champenois-Marmier/Madeleine Faucheux. Alguns dos exemplos apresentados pelas autoras francesas citadas eram o de uma mulher que havia abandonado toda a actividade profissional para se consagrar ao lar e à gestão dos rendimentos do marido, permitindo, dessa forma, a realização de uma operação mobiliária proveitosa; o de uma mulher de merceiro grossista que durante 15 anos o ajudou trabalhando na caixa; e o de uma mulher enfermeira anestesista que assistiu o marido cirurgião durante 10 anos sem remuneração. A invocação do dever de contribuição para as *charges du mariage* como a causa do enriquecimento de um dos cônjuges é apresentada por alguma jurisprudência francesa para admitir o enriquecimento, no caso do casamento, apenas no que exceder esse dever [v., p. ex., o comentário de Jean-Charles Laurent à decisão do tribunal de Pau, 1.º ch., de 23 de Janeiro de 1961 (*JCP* 1961.II.12207)].

pagamento do seu crédito pelo património do convivente contraente e devedor, alegue e prove o preenchimento dos requisitos deste instituto para obter uma restituição justa¹⁸³⁰. É evidente que tal só ocorrerá a título subsidiário, isto é, se se verificar a existência de um mandato tácito entre os conviventes serão as regras do mandato a regular o regime da responsabilidade por dívidas e não o enriquecimento sem causa.

A título de conclusão, parece-nos que, ainda que a responsabilidade não seja solidária¹⁸³¹, a figura do mandato tácito é a que melhor se enquadra para regular o regime da responsabilidade pelas dívidas contraídas pelos conviventes para ocorrer aos encargos normais da vida em comum. Nada impede que um dos conviventes actue simultaneamente em seu nome e em nome do outro convivente. Repare-se que não só acautela interesses de terceiros, como já vimos, como também permite ao convivente contraente que eventualmente pagou a totalidade da dívida exigir o reembolso da parte que excede a sua ao outro (art. 1167.º, al. c))¹⁸³².

Convém ainda referir que o recurso à figura do mandato, para regular o regime da responsabilidade pelas dívidas contraídas pelos conviventes face a terceiros credores, só se justifica se não existir na base da contracção da dívida um qualquer formalismo negocial, ou seja, se o negócio não envolver uma especial forma de celebração. De facto, se se tratar de um contrato sujeito a forma, o convivente responsável face ao credor é apenas aquele que assinou o contrato e que assumiu a dívida. Mesmo que esse tenha mandato do outro, ou até que se tenha criado face a terceiro a aparência de

Salvo se os conviventes o tiverem estipulado contratualmente, é mediante as regras do enriquecimento sem causa que a jurisprudência espanhola tem permitido atribuir uma restituição ao convivente prejudicado na sua situação patrimonial em relação à que tinha quando se iniciou a união de facto (nomeadamente, pelos serviços ou trabalho não remunerado prestado no lar), semelhante à prestação compensatória prevista pelo art. 97.º do Cód. Civil espanhol para a dissolução do casamento no caso de desequilíbrio patrimonial dos (ex)cônjuges (v., Carolina Mesa Marrero, *ob. cit.*, pp. 223-244, Eduardo Hijas Fernández, *Derecho de Familia, Doctrina sistematizada de la Audiencia de Madrid*, 2.ª ed., Valladolid, Lex Nova, 2001, pp. 889-893, Federico J. Cantero Núñez, *ob. e loc. cit.*, p. 425, Aurora López Azcona, *ob. cit.*, pp. 61 e segs., e José Ramón de Verda y Beamonte, *ob. e loc. cit.*, pp. 244-251).

O § 1434.º do BGB regula o caso do enriquecimento do património comum em virtude de acto praticado por um dos cônjuges sem o necessário consentimento do outro, determinando a aplicação das regras do enriquecimento injustificado. Referindo a aplicação das regras deste instituto à união de facto, v., Schlüter, "Die nichteheliche Lebensgemeinschaft...", *loc. cit.*, pp. 412-415, que remete para as regras do enriquecimento sem causa.

¹⁸³⁰ Neste sentido, Eduardo Estrada Alonso, *ob. cit.*, p. 315.

¹⁸³¹ É evidente que o regime de solidariedade protegeria melhor o credor. Repare-se, porém, que no regime de separação de bens no domínio matrimonial a responsabilidade pelas dívidas comuns é sempre, salvo estipulação das partes em contrário, o da conjunção. Não deve, por isso, causar estranheza tal regime na união de facto.

¹⁸³² Contra, Modesto de Bustos Gómez-Rico, *ob. e loc. cit.*, p. 491, entendendo que o recurso a esta doutrina, além das dificuldades de prova que podem colocar-se, encontra o obstáculo de gerar simultaneamente à obrigação do mandante uma obrigação própria do mandatário pela dívida contraída com terceiro, o que pode ser difícil de determinar se o mandatário não se pronunciou expressamente nesse sentido.

casamento, perante o credor parece que o outro convivente pode opor-se ao pagamento da dívida dado que não subscreveu o contrato relativo à sua contracção. Tal solução implicaria a aplicação das regras do regime matrimonial o que, como vimos, é de afastar. Porém, tal entendimento não exclui que, uma vez paga a dívida pelo convivente contraente, e se, de facto, a dívida visou ocorrer aos encargos normais da vida em comum e, assim, a ambos os conviventes beneficiou, aquele venha exigir o devido reembolso ao seu convivente pelo recurso ao mandato, gestão de negócios, ao instituto do enriquecimento sem causa ou a um qualquer contrato (p. ex., um empréstimo) que eventualmente se alegue e prove ter existido entre os conviventes para a contracção da dívida¹⁸³³.

3. “Unões livres”

Não se admitindo a aplicação, por recurso à analogia, das regras do casamento, como defendemos *supra*, há que resolver os problemas postos pela união de facto em matéria de dívidas, e, em geral, quanto às questões patrimoniais e de dissolução, por recurso aos meios comuns¹⁸³⁴.

Referimos que os ordenamentos jurídicos têm atribuído cada vez mais efeitos à união de facto e a jurisprudência, ainda que por recurso às regras gerais, tem também acautelado uma certa protecção. Ou seja, a união livre entre duas pessoas é também um facto a que o Direito não está indiferente¹⁸³⁵, atribuindo-lhe alguns efeitos jurídicos.

Quando referimos a união de facto, a que a lei atribui efeitos jurídicos e à qual os tribunais procuram assegurar protecção, trata-se daquela união entre duas pessoas que preenche os requisitos exigidos na Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, nomeadamente o decurso de dois anos de vivência em comum, em condições análogas às dos cônjuges. Não podemos, contudo, esquecer que, apesar da regulamentação específica actual,

¹⁸³³ Alain Prothais, “Dettes ménagères des concubins...”, *loc. cit.*, p. 243, entende que o reembolso ao convivente que pagou a totalidade da dívida é difícil se não foram tomadas certas precauções (como a assunção da dívida por ambos os conviventes), dado poder ser complicada a prova dos requisitos necessários para o funcionamento dos meios referidos no texto.

¹⁸³⁴ Na ausência de protecção jurídica adequada (legal ou contratual) haverá o recurso ao Direito comum. Todavia, e para Alain Prothais, “Les rapports pécuniaires des concubins (...)”, *ob. e loc. cit.*, pp. 141 e segs., e “Le droit commun...”, *loc. cit.*, n.º 5, o recurso pela jurisprudência a técnicas de Direito comum constitui um meio para atenuar um mal.

¹⁸³⁵ Neste sentido, João Baptista Villela, “Effets patrimoniaux de l’union libre dans le Droit Brésilien”, in AAVV, *Marriage and cohabitation...*, *cit.*, p. 173. De facto, a atitude de ignorância com que se encarava a união de facto (prevista no Código de Napoleão: “les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d’eux”) foi substituída pela sua aceitação e atribuição de efeitos jurídicos.

patente não só na Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, mas em todas as normas do Direito do Trabalho, da Administração Pública, da Segurança Social, do Direito Penal..., existirá sempre a união livre, ou seja, aquela união entre duas pessoas que, por não quererem ou por não se tratar da união de facto como o ordenamento jurídico a entende (com permanência, estabilidade e comunhão de vida, podendo tratar-se de relações fortuitas ou do “concubinato” como referimos *supra*), não se encontram sujeitas a qualquer uma dessas disposições legais (e dificilmente se concebe que a lei as venha, impondo-se, regular). Independentemente de qualquer regulamentação legal que existe ou venha a existir sempre haverá uniões à margem de qualquer protecção jurídica, cuja regulação dos problemas que venham a surgir, nomeadamente, em matéria de dívidas, se fará sempre como se se tratasse de dois estranhos (não sendo de aplicar ou sequer discutir em alguns casos (nos que não haja qualquer vivência em comum com carácter de estabilidade e permanência, em condições análogas às dos cônjuges) qualquer regime semelhante ao que defendemos *supra* para as dívidas contraídas para ocorrer aos encargos da vida em comum). Daí a referência a “uniões livres”, ou seja, uniões de facto sem reconhecimento de efeitos jurídicos. A elas será de aplicar, à margem de qualquer regulamentação legal já existente ou a existir¹⁸³⁶, as normas gerais de Direito comum. Estas deixam de o ser, para passarem a uniões de facto com efeitos jurídicos, pela verificação dos pressupostos legais de reconhecimento de tais efeitos às uniões¹⁸³⁷. Por isso, pode falar-se da existência de três tipos de uniões de vida: o casamento, a união de facto com efeitos jurídicos e a união de facto sem efeitos jurídicos¹⁸³⁸.

¹⁸³⁶ O que nos coloca dúvidas quanto à institucionalização das uniões, ou seja, a criação de um conjunto normativo específico para as uniões implicará sempre a definição de um conceito ao qual se aplicará, deixando à margem realidades também carentes de regulação mas que não se enquadram em tal conceito. Tal entendimento resulta mesmo da regulação das relações de vida em economia comum (Lei n.º 6/2001, de 11 de Maio), relativamente às quais pode também colocar-se alguns problemas patrimoniais, e que são definidas por lei (art. 2.º), limitando-se o seu campo de aplicação. É, aliás, a este problema que Elda García-Posada Gómez, “El concepto de convivencia no matrimonial en Derecho español”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LVI, n.º 3, 2003, pp. 1147-1161 e pp. 1167-1170, se refere.

Além disso, convém acrescentar que toda a regulamentação deste fenómeno que é a união de facto deve passar pela protecção de interesses que merecem a tutela do Direito, como a matéria da responsabilidade por dívidas no interesse comum, a da atribuição da casa de morada da família, a da atribuição de certos direitos sociais e fiscais, etc. Mas, o direito de não contrair matrimónio impede que o legislador venha a casar duas pessoas por decreto, pela equiparação de tal união ao casamento, quando estas não manifestaram a sua vontade de casar. Além de pôr em causa o próprio casamento como instituição (Nuno de Salter Cid, *A comunhão de vida...*, cit., p. 786).

¹⁸³⁷ Parece pronunciar-se neste sentido, Lledó Yagüe, *et alii*, ob. cit., p. 35, ao dizer que a regulação legal das uniões de facto converte-as em uniões de direito. Por isso, pode distinguir-se “entre “parejas de hecho legalizadas” y “no legalizadas” o “irregulares””.

¹⁸³⁸ Como entende Heinrich Ewald Hörster, “Evoluções legislativas...”, ob. e loc. cit., p. 71, será possivelmente em relação àquelas últimas que residem os maiores problemas humanos e carências sociais. “Só acontece que, aparentemente, as preocupações

Traduzindo um passo adiante na regulamentação da união de facto (distanciando-a da união livre), e, paralelamente, aproximando-a do regime jurídico-patrimonial previsto para o casamento, assiste-se a uma preocupação cada vez maior do legislador em regular os aspectos patrimoniais da união de facto reconhecida juridicamente¹⁸³⁹.

Repare-se nas soluções previstas pelo ordenamento jurídico francês que, e apesar de veementemente criticadas pela doutrina¹⁸⁴⁰, ao lado do “*concubinage*” (cuja noção

do legislador, de natureza ideológica, não estavam para aí inclinadas”. Também Martín Garrido Melero, *ob. cit.*, p. 108, se pronuncia no mesmo sentido, ao dizer que a atribuição de efeitos jurídicos a um certo tipo de união de facto não traduz o desaparecimento da problemática relativa à união de facto. Continuarão a existir sempre uniões puramente fácticas que colocam a necessidade de aferir quais os efeitos da convivência delas decorrentes. Nuno de Salter Cid, *A comunhão de vida...*, *cit.*, p. 665, reproduzindo a sua intervenção na Assembleia da República, pergunta: “Senhores Deputados: quantos tipos de uniões querem no sistema? O casamento, as uniões de facto reguladas por lei, as “economias comuns” e as uniões de facto “à margem da lei”, cuja existência fingem ignorar?”.

Esther Gómez Calle, “La Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho de la comunidade de Madrid”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LVI, n.º 2, 2003, pp. 431 e 432, a propósito da aplicação da lei relativa às uniões de facto da comunidade de Madrid, afirma que dar-se-á sempre o caso de uniões que, por não reunirem todos os requisitos previstos na lei, ficam fora do âmbito de aplicação das normas reguladoras das relações entre os conviventes. Assim, há três situações a distinguir: “matrimonios, uniones de hecho contempladas por la ley y uniones de hecho atípicas”. Também Elda García-Posada Gómez, *loc. cit.*, pp. 1184-1195, fala de “parejas atípicas” e “uniones no juridificables”, sendo as primeiras aquelas uniões em que se verifica qualquer impedimento para a produção de efeitos (p. ex., se um dos conviventes é menor de idade ou está ainda casado), mas que não são completamente negligenciadas pela lei, e as segundas aquelas relativamente às quais não se verificam os requisitos previstos na lei. É evidente que esta distinção é apresentada pela autora atendendo à existência de uma regulamentação específica das uniões de facto pelas legislações autónomas. Haverá as uniões previstas nessas leis, aquelas que nelas não se enquadram mas que a lei espanhola atribui certos efeitos e, finalmente, as que estão fora da previsão legal. Em todo o caso, também entre nós, apesar da regulamentação da união de facto ser meramente pontual, podemos referir aquelas uniões a que a Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, não atribui qualquer efeito jurídico mas cuja situação fáctica comporta algumas consequências jurídicas. Pense-se, p. ex., nas normas do nosso Cód. Civil relativas à presunção de paternidade (art. 1871.º, n.º 1, al. c)) ou da nulidade da doação ou disposição testamentária (arts. 953.º e 2196.º) que prevêm o *concubinato*. De igual modo, Jean Hauser, “Concubinages et pactes civils de solidarité”, *RTDC*, n.º 2, 2000, p. 297, apresenta as diferentes formas de “organização” do casal: o casamento, o PACS, o “*concubinage*” do art. 515.º-8 do Cód. Civil francês, e as uniões “*sauvages*”. Alain Sériaux, “Une définition civile du mariage (prière d’insérer)”, *Recueil Dalloz*, ano 181.º, n.º 29, 2005, p. 1967, fala em “*union de droit*” por oposição a “*union de fait*”, e Terré/Fenouillet, *ob. cit.*, 7.ª ed., p. 514 e pp. 515 e segs., falam em “*concubins*” e “*partenaires*”, estando estes sujeitos a um PACS e aqueles vivendo em união livre sem que o Código Civil preveja normas de regulamentação. V. também, Gernhuber/Coester-Waltjen, *ob. cit.*, 4.ª ed., 1994, § 41, II, p. 650, que fala de “*Ehe – eheähnliches Zusammenleben – sonstige Lebensgemeinschaften*”. No direito belga, Laurent Voisin, *ob. e loc. cit.*, p. 130, identifica três diferentes modos de vida do casal na sociedade belga actual: “*le mariage, la cohabitation légale, et l’union libre*”.

¹⁸³⁹ Como escreve Maria de Nazareth Lobato Guimarães, “Alimentos”, in AAVV, *Reforma do Código Civil*, *cit.*, p. 217, “com probabilidade, as comunidades de facto de tipo familiar (...), quando sérias e duradouras, tenderão a ter cada vez maior cobertura jurídica”. Como ironizou Pereira Coelho, “Casamento e família...”, *ob. e loc. cit.*, p. 15, a evolução poderá levar a que as pessoas fiquem mais livres se casarem do que se viverem em união de facto! Jacques Charlin, “Le contrat de concubinage”, *ob. e loc. cit.*, p. 108, questiona-se se, paradoxalmente, não será a regulamentação legal do casamento a aproximar-se da união de facto, ou seja, verificando-se uma cada vez maior tendência dos casais em celebrar contratos de coabitação, onde regulam as suas relações patrimoniais, a instituição do casamento tenderá a adaptar-se à realidade social e a aproximar-se dessa regulamentação procurada pelos casais.

¹⁸⁴⁰ V., p. ex., Pierre Catala, “Le pacte civil de solidarité. Critique de la raison médiatique”, *Famille et patrimoine*, *cit.*, pp. 249-256. Conclui o autor (p. 256) dizendo que importa chamar a atenção para as vantagens e os perigos dos PACS. Se o objectivo do casal é essencialmente patrimonial importa ponderar os benefícios de ordem fiscal e social obtidos pela constituição do PACS com a

resulta do art. 515º-8 do Cód. Civil francês e que se encontra sujeita ao Direito comum), prevê o “*Pacte Civil de Solidarité*”, sendo este um contrato concluído entre duas pessoas, de sexo diferente ou do mesmo sexo, com vista à regulação da sua vida em comum, cujo regime, de forma geral, já referimos.

O ordenamento jurídico belga regula desde 2000 a “coabitação legal”, definindo-a, no art. 1475.º do Cód. Civil belga, como a situação de vida em comum de duas pessoas que fazem a respectiva declaração de coabitação. De referir que, ao contrário do PACS francês, a coabitação legal belga não assume conotação sexual, podendo os coabitantes estar unidos por uma relação de união de facto ou não¹⁸⁴¹.

As legislações autónomas da Catalunha (Lei n.º 10/1998, de 15 de Julho), Aragão (Lei n.º 6/1999, de 26 de Março), Navarra (Lei Foral n.º 6/2000, de 3 de Julho), Baleares (Lei n.º 18/2001, de 19 de Dezembro) e País Basco (Lei n.º 2/2003, de 7 de Maio), admitem não só a regulação por contrato das dívidas entre os conviventes como dispõem expressamente um dever de contribuição para os encargos da vida em comum e uma responsabilidade solidária pelas dívidas contraídas para ocorrer aos referidos encargos (definidos nos termos gerais, ou seja, as despesas relativas ao sustento dos conviventes e filhos de acordo com o padrão de vida estabelecido). As restantes dívidas serão, salvo pacto em sentido contrário, da responsabilidade do convivente que as contrair. De mencionar também que, quanto aos actos de disposição da casa de morada da família e dos móveis de uso ordinário, exige-se, na maioria das legislações referidas, o consentimento de ambos os conviventes, não podendo o convivente titular do bem dispor dele livremente, sob pena de anulabilidade¹⁸⁴².

solidariedade passiva imposta no art. 515.º-4 do Cód. Civil francês e a regra da indivisão do art. 515.º-5 do mesmo código. Se o objectivo passar por uma união afectiva, convém ponderar que o PACS não impõe qualquer dever de fidelidade ou assistência e a sua dissolução é mais dispendiosa que a do simples concubinato. Por isso diz “(...) *la vraie liberté reste du côté de... l’union libre*”.

¹⁸⁴¹ Também a legislação do Ontário, da Austrália e do Quebeque prevêm a regulamentação legal das uniões de facto, além de livremente admitirem os contratos de coabitação entre conviventes. O *Family Law Reform Act* de 1978 (Ontário) prevê expressamente “cohabitation agreements”, assim como o *De facto Relationships Act* de 1984 (Austrália). V., p. ex., John J. O’Hoski, “The legal recognition of domestic contracts: the experience of Ontario”, in AAVV, *Marriage and cohabitation...*, ob. cit., pp. 228-234, Ethel Groffier, “Les époux de fait dans le droit civil du Québec”, in AAVV, *Marriage and cohabitation...*, ob. cit., pp. 235-244, e Edith Deleury, “Les contrats entre concubins au Québec et au Canada”, in AAVV, *Indépendance financière et communauté de vie*, cit., pp. 167-188. A estes pode acrescentar-se também outros ordenamentos jurídicos como o do Brasil e de outros países latino-americanos, Cabo Verde, etc.

¹⁸⁴² V., relativamente às legislações referidas, Martín Garrido Melero, ob. cit., pp. 156 e segs., Carolina Mesa Marrero, ob. cit., pp. 79 e segs., M.ª del Carmen Corral Gijón, loc. cit., ano LXXVI, n.º 662, 2000, pp. 3373-3385, Susanne Schlenker, “Die Stellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften in Spanien und in spanischen Teilrechtsordnungen”, in AAVV, *Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften*, cit., pp. 145-166, María Lipar Ferrer Vanrell, ob. e loc. cit., pp. 4597-4616, Elda García-Posada Gómez, loc. cit., pp. 1114-1161, Lledó Yagüe, et alii, ob. cit., pp. 66-72, e José Manuel González Porras, ob. e loc. cit., pp. 268-273.

A estas pode ainda acrescentar-se outras legislações de comunidades autónomas como Valencia (Lei n.º 1/2001, de 6 de Abril), Madrid (Lei n.º 11/2001, de 19 de Dezembro), Astúrias (Lei n.º 4/2002, de 23 de Maio), Andaluzia (Lei n.º 5/2002, de 16 de Dezembro), Canárias (Lei n.º 5/2003, de 6 de Março), Estremadura (Lei n.º 5/2003, de 20 de Março) e Cantábria (Lei n.º 1/2005, de 16 de Maio). Também estas admitem a regulação por contrato entre os conviventes das suas relações patrimoniais (Valencia e Madrid) e até das pessoais (Astúrias). Na falta de acordo as leis de Valencia (art. 4.º, n.º 2) e de Madrid (art. 4.º, n.º 3) estabelecem que os conviventes contribuem para as despesas comuns em proporção com os seus recursos¹⁸⁴³.

Em Itália há projectos legislativos para disciplinar juridicamente a “união civil”, diferenciando-se do PACS francês, de origem contratual, e aproximando-se das legislações autónomas de Espanha referidas¹⁸⁴⁴. Também no Reino Unido depois dos projectos no sentido da regulamentação legal das uniões de facto, hetero e homossexuais, foram reconhecidos direitos iguais ao casamento aos casais homossexuais desde 5 de Dezembro de 2005¹⁸⁴⁵.

A tudo isto poderia ainda acrescentar-se a crescente legislação específica das uniões de facto, hetero e homossexuais, e não apenas uma regulamentação sectorial, conferindo-lhes direitos idênticos aos resultantes do casamento, consagrada na Dinamarca (*Act on Registered Partnership*, de 7 de Junho de 1989, reservada às uniões entre pessoas do mesmo sexo), Noruega (*Act on Registered Partnerships*, de 30 de Abril de 1993, reservada às uniões homossexuais), Suécia (*Registered Partnership Act*, de 23 de Junho de 1994, reservada às uniões homossexuais), Islândia (*Act on Registered Partnership*, de 12 de Junho de 1996, também reservada às uniões entre pessoas do mesmo sexo), Holanda (*Registered Partnerships*, de 1 de Janeiro 1998), Finlândia (*Act on Registered Partnership*, de 28 de Setembro de 2001, também reservada às uniões homossexuais), Suíça (*Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personne du même sexe (LPart)*, de 18 de Junho de 2004), Reino Unido (*civil partnership* –

¹⁸⁴³ Sobre estas leis, v., Luis Martínez Vázquez de Castro/Iciar Cordero Cutillas, “Las leyes de parejas de hecho (Valencia, Madrid y Principado de Asturias): su adecuación a la Constitución Española”, in AAVV, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, cit., pp. 4779-4797, e Esther Gómez Calle, loc. cit., pp. 411-463. Esta última autora entende que a norma relativa às dívidas para o sustento do lar não produz efeitos face a terceiros que apenas têm como devedor o convivente que contraiu a dívida (p. 456).

¹⁸⁴⁴ V., Francesco Donato Busnelli, “La famiglia e l’arcipelago familiare”, *Rivista di Diritto Civile*, ano XLVIII, n.º 4, 2002, pp. 517-520.

¹⁸⁴⁵ V., Ian Sumner, “Legal position of same-sex couples in English Law”, in AAVV, *Legal recognition of same-sex couples in Europe*, cit., pp. 113-120.

2004)¹⁸⁴⁶, etc. Também a Alemanha (desde 2001) tem o instituto da *Eingetragene Lebenspartnerschaft* (*eingetragene Lebenspartnerschaft - Lebenspartnerschaftsgesetz – LPartG*, de 16 de Fevereiro de 2000), destinado a regular as uniões homossexuais, atribuindo-lhes direitos e obrigações semelhantes às que resultam do casamento¹⁸⁴⁷. Não se limita a remeter para o direito matrimonial, regulando detalhadamente os efeitos da união de facto. Em matéria patrimonial, ainda que haja liberdade das partes no sentido de, por contrato, regularem os efeitos patrimoniais da união (§ 7.º da *LPartG*), alguns efeitos produzem-se independentemente da vontade das partes, por remissão para as regras do casamento previstas no BGB, como a obrigação de contribuição para a vida em comum (semelhante ao previsto para o casamento no § 1353.º do BGB - § 2.º, 1.º, da *LPartG* e § 8.º, 2.º, da *LPartG*), de assistência e sustento recíprocos (§§ 4.º e 5.º da *LPartG*, que remete para os §§ 1360.ºa e 1360.ºb, semelhante ao previsto para os cônjuges, e de onde decorre a responsabilidade de ambos os conviventes para as despesas a esse sustento relativas), a responsabilidade de ambos pelas dívidas contraídas por qualquer um deles

¹⁸⁴⁶ V., sobre tais uniões e respectivas legislações, Nuno de Salter Cid, “Direitos Humanos e Família: quando os homossexuais querem casar”, *Economia e Sociologia*, n.º 66, 1998, pp. 189 e segs., em especial, pp. 222-231, e *A comunhão de vida...*, cit., pp. 47-54, Peter Dopffel/Jens M. Scherpe, “Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaft im Recht der nordischen Länder”, *ob. e loc. cit.*, pp. 7-49, e Pascal Pichonnaz, “Le partenariat enregistré: sa nature et ses effets”, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, n.º 4, I, 2004, pp. 389-433.

¹⁸⁴⁷ E isto apesar do art. 6.º da *GG* consagrar a família assente no matrimónio. Alega-se, porém, que a consagração da *Lebenspartnerschaft* não afecta tal disposição constitucional dado que se trata de regular apenas as uniões que não podem aceder ao casamento, estando vedada às uniões heterossexuais. V., Thomas Rauscher, *ob. cit.*, pp. 512-514. Para este autor (p. 506), a consagração legal da *eingetragene Lebenspartnerschaft*, com efeitos semelhantes ao casamento, pode traduzir uma preparação para uma ulterior alteração do próprio instituto do casamento („(...) sogar anmuten, als seien sie ein Pilotprojekt für eine spätere Eherechtsänderung”). Em todo o caso, o legislador alemão, atendendo ao preceito constitucional, não podia regular de forma igual o casamento e a *Lebenspartnerschaft*. Daí algumas diferenças no seu tratamento jurídico (nomeadamente, em matéria de adopção ou de benefícios fiscais) e a criação de uma série de novos termos jurídicos para designar os mesmos institutos previstos para o casamento (Karsten Thorn, “The German Law on same-sex partnerships”, in *AAVV, Legal recognition of same-sex couples in Europe*, cit., p. 85).

Ao referido no texto, poderíamos ainda acrescentar a legislação com vista ao reconhecimento como casamento das uniões entre pessoas do mesmo sexo (o casamento entre homossexuais), consagrada na Holanda (em 2001), Bélgica (em 2003) Espanha (em 2005), Reino Unido (na Irlanda, desde 5 de Dezembro de 2005), e África do Sul (desde 14 de Novembro de 2006), bem como em alguns estados dos E.U.A.. V., Miquel Martín Casals, *ob. e loc. cit.*, pp. 182 e segs. Havendo uma total equiparação do casamento homossexual ao casamento “tradicional”, as regras relativas aos regimes de bens, aos efeitos pessoais e patrimoniais... do casamento serão aplicadas às uniões entre pessoas do mesmo sexo que se casem. A própria proibição de venda entre cônjuges prevista no art. 1595.º do Cód. Civil belga é aplicada aos casamentos entre pessoas do mesmo sexo. V., sobre os casamentos homossexuais no ordenamento jurídico belga e sua equiparação ao casamento “tradicional”, salvo em matéria de filiação e adopção, J.-L. Renchon, “L’avènement du mariage homosexuel dans le Code Civil belge”, *Revue de Droit international et de Droit comparé*, ano 81.º, 2.º trimestre, 2004, pp. 169-207. Lynn D. Wardle, “Avaliar os custos das uniões de facto: alguns potenciais efeitos prejudiciais no Direito de Família”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 1, n.º 2, 2004, pp. 17-33, e ano 2, n.º 3, 2005, pp. 20-31, analisa as potenciais consequências prejudiciais da legalização da união de facto (“coabitação em economia comum”) homossexual na legislação familiar dos E.U.A.

para os encargos normais da vida familiar (§ 8.º da *LPartG* , por remissão para o § 1357.º do BGB), a presunção de propriedade de certos bens para protecção dos credores (§ 8.º da *LPartG*, paralelo ao § 1362.º do BGB relativo aos cônjuges), a necessidade do consentimento do outro convivente para disposição de certos bens (§ 8.º, 2.º, da *LPartG*, por remissão para os §§ 1365.º a 1370.º do BGB)¹⁸⁴⁸, etc.¹⁸⁴⁹.

¹⁸⁴⁸ O convivente não pode dispor da totalidade dos seus bens ou de uma percentagem elevada dos mesmos nem dispor dos bens que integram o recheio do lar sem consentimento do outro. E esta regra aplica-se qualquer que seja o regime patrimonial fixado entre os conviventes, mesmo que seja o de separação de bens. Ora, a mesma não vale quando entre os cônjuges vigore o regime de separação de bens. A *Lebenspartnerschaft* confere aqui uma maior protecção desses bens do que o casamento.

¹⁸⁴⁹ Para uma análise geral da *eingetragene Lebenspartnerschaft*, v., Thomas Rauscher, *ob. cit.*, pp. 502-515, Nina Dethloff, “Die eingetragene Lebenspartnerschaft – Ein neues familienrechtliches Institut”, *NJW*, ano 54.º, n.º 36, 2001, pp. 2598-2604, Karsten Thorn, “The German Law on same-sex partnerships”, *ob. e loc. cit.*, pp. 87-97, e Lüderitz/Dethloff, *ob. cit.*, pp. 201-213.

VIII. Conclusões

I. A regulamentação actual do regime da responsabilidade por dívidas não pode alhear-se da modificação do quadro de valores que circunda o casamento e da tendência cada vez mais individualista com que se encara a relação a dois¹⁸⁵⁰. De um conceito de casamento assente num estatuto desigual do homem e da mulher, do “dois numa só carne”, onde ao homem cabia o sustento do lar e a sua representação e à mulher as tarefas domésticas e a educação dos filhos, passou-se à consagração do princípio da igualdade entre os parceiros conjugais. “Os hábitos da produção de guerra e as condições económicas proporcionavam a saída do lar [à mulher] para o mercado e a obtenção de um salário regular; a instrução generalizada e mais sofisticada permitiu gradualmente que as mulheres ocupassem postos cada vez mais altos no sistema produtivo. Estas novas realidades estabeleceram a possibilidade de a mulher pretender desenhar e cumprir a sua *própria biografia*, em condições de igualdade com o homem”¹⁸⁵¹. Por isso, a família tem acompanhado o movimento característico das sociedades modernas no sentido da ausência de lei na regulamentação das relações entre o casal. Independentemente de uma análise de quem perde com esta evolução (a família!), porque não é uma abordagem sociológica da família que aqui pretendemos efectuar, o que procurámos analisar foi um dos temas que mesmo com a “desnormalização” das relações familiares sempre exigirá alguma intervenção do legislador. De facto, o problema da responsabilidade por dívidas e a sua articulação com as matérias da administração e disposição dos bens do casal e, sobretudo, os problemas que daí decorrem no momento da liquidação e partilha do património comum exigem uma análise da actual regulamentação. Paralelamente, há novas realidades sociais que

¹⁸⁵⁰ Como nota Guilherme de Oliveira, “Queremos amar-nos... mas não sabemos como!”, *RLJ*, ano 133.º, 2000, p. 43, e *Temas...*, *cit.*, p. 337, a frase escrita “Queremos amar-nos... mas não sabemos como!” denota “a extrema solidão individual no quadro de uma cultura narcisista “em branco”; mostra a extrema dificuldade da empresa sentimental “a dois”, em que ambos participam com a expectativa máxima e um individualismo sem precedentes”.

¹⁸⁵¹ Guilherme de Oliveira, “Queremos amar-nos... mas não sabemos como!”, *loc. cit.*, p. 42, e *Temas...*, *cit.*, p. 335.

Como refere M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, “Da crise à desregulamentação da família”, in AAVV, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 837, as modificações ocorridas no Direito da Família, sobretudo a partir da Reforma do Cód. Civil de 1977, implicaram, por um lado, o estreitamento do grupo familiar e, por outro lado, impulsionaram as mudanças relativas às estruturas de autoridade no seio da família. “Conceitos como “liberdade”, “igualdade”, “autonomia”, tornaram-se correntes na discussão sobre o “dever ser” das relações familiares. Um exemplo da concretização deste discurso será o da defesa do reconhecimento das relações de convivência ditas “paramatrimoniais”, fundado numa suposta liberdade de constituir relações familiares sem sujeição a “forma”, ou num pretensão direito de cada cidadão organizar as respectivas relações afectivas de convivência segundo a sua vontade”.

reclamam uma regulamentação jurídica nesta matéria, como as uniões de facto. E se a intervenção legislativa durante o casamento pode reduzir-se, deve concentrar-se nos momentos de crise, permitindo uma partilha justa e equilibrada.

Por isso, o regime da responsabilidade por dívidas, a matéria da administração e disposição dos bens do casal, a análise dos regimes de bens e a manutenção do princípio da imutabilidade, a existência de transferências patrimoniais entre os cônjuges e a celebração de contratos entre eles, o restabelecimento do equilíbrio patrimonial quebrado no decurso do regime de bens e o mecanismo das compensações, a regulamentação das dívidas depois da dissolução do casamento e depois da partilha dos bens comuns, não podem manter-se à margem da evolução social e da nova concepção de família. Os cônjuges são cada vez mais dois “estranhos íntimos”¹⁸⁵² com autonomia e independência financeiras do ponto de vista patrimonial. E, se, por um lado, o Direito da Família deve ter isso em consideração e adaptar-se a essa nova realidade, não pode esquecer os problemas que a mesma acarreta¹⁸⁵³.

Um dos problemas com que nos deparámos foi o de delimitação da matéria: o regime da responsabilidade por dívidas pode tocar diferentes matérias e não só de Direito da Família. Restringimo-nos, por isso, à análise do Direito da Família e do direito substantivo. Não nos desviámos, assim, do objecto do nosso estudo, ainda que, dada a ligação do regime da responsabilidade por dívidas com questões conexas (e pensamos, p. ex., no regime processual), tenhamos tido necessidade de a estas fazer breves referências, que, como tais, o foram apenas na medida do indispensável.

O actual regime legal da responsabilidade por dívidas dos cônjuges complica a possibilidade de satisfação dos direitos dos credores que, sejam comuns (ficando limitados na medida em que não podem, desde logo, executar o património do devedor na sua totalidade) ou próprios (estando sujeitos à espera decorrente do processo judicial de liquidação e partilha da comunhão, para poderem obter o seu pagamento pela meação do devedor, e sendo preteridos nesse pagamento pela meação face aos credores comuns), têm de suportar um processo demorado com constantes incidentes que, muitas vezes, só visam evitar, por parte dos cônjuges, o pagamento das dívidas. Por isso, é cada vez mais frequente a utilização por parte dos credores de mecanismos de protecção dos

¹⁸⁵² Como lhes chama Rubin *apud* Guilherme de Oliveira, “Queremos amar-nos... mas não sabemos como!”, *loc. cit.*, p. 43, e *Temas...*, *cit.*, p. 337.

¹⁸⁵³ Como fizemos referência *supra*, o modelo igualitário do marido e mulher que os *Married women's property Acts* de 1882 e 1883 introduziram no direito inglês foi também, paralelamente, origem de injustiças que os tribunais e ulteriores diplomas legislativos tentaram atenuar.

seus créditos, seja mediante a prestação de garantias reais seja com garantias de índole pessoal. É esta realidade que nos leva a constatar a possibilidade de simplificar o regime da responsabilidade por dívidas dos cônjuges, auxiliando-o com as garantias gerais das obrigações.

II. A evolução histórica do regime da responsabilidade por dívidas entre os cônjuges acompanha as concepções sociais vigentes em cada época e o papel que cada um dos cônjuges desempenha na sociedade conjugal. Numa altura em que apenas o marido tinha poderes de administração e disposição dos bens e onde só ele, em princípio, realizava os negócios da família (contraindo dívidas) não se preocupou a lei em regular os problemas ligados ao regime da responsabilidade por dívidas. O credor demandava o seu devedor, responsabilizando o património comum que aquele administrava e que se confundia com o seu património próprio. A autonomia recíproca dos cônjuges e a igualdade de poderes fez surgir a necessidade de uma regulamentação específica do regime da responsabilidade por dívidas. Como se lê no Projecto do Código Civil, uma das razões justificativas do novo código esteve no “acentuado declínio da concepção patriarcal da sociedade familiar, que força o legislador a modificar a posição da mulher nas relações pessoais e patrimoniais com o marido (...)”¹⁸⁵⁴.

Da breve análise histórica verificámos que progressivamente as questões de ordem patrimonial, em especial relativas às dívidas do casal, que se colocavam entre os cônjuges passaram a merecer uma regulamentação legal, essencialmente, para protecção de terceiros que com os cônjuges contratavam. De facto, carecendo a mulher, p. ex., de realizar algumas despesas para sustento do lar, deveria o credor estar protegido, no sentido de, além de com ela poder contratar, poder responsabilizar o marido, chefe de família, pela dívida. Com a independência e igualdade entre os cônjuges havia que regular outras dívidas, quer a nível pessoal quer a nível patrimonial.

Numa altura em que a independência económica e financeira caracteriza as relações patrimoniais entre os cônjuges (pense-se na liberdade quanto à abertura de contas bancárias, quanto à disposição dos ganhos e salários de cada um...) dificilmente se encontra justificação para um regime de responsabilidade por dívidas entre os cônjuges, no qual por uma dívida contraída por um respondam, com excepção à regra geral, ambos os cônjuges solidariamente (art. 1695.º, n.º 1) ou até conjuntamente (art. 1695.º,

¹⁸⁵⁴ *Projecto do Código Civil, cit.*, pp. XXXVII e XXXVIII.

n.º 2). Salvaguardámos, como vimos, as dívidas relativas ao suprimento das necessidades e encargos da vida familiar, pelas quais, e em qualquer regime de bens, deverão responder ambos os cônjuges solidariamente. A razão está no facto de estas dívidas serem fundamentais e necessárias para o decurso normal da vida em comum, além de beneficiarem ambos os cônjuges. A responsabilidade limitada ao património próprio do cônjuge que contraiu a dívida (e aos bens comuns nos regimes de comunhão) pode implicar um benefício injustificado para o outro cônjuge (que poderá ser sempre o mesmo) que, beneficiando da contracção da dívida, nunca seria responsável pela mesma. Pense-se, p. ex., um casal em que um dos cônjuges contrai habitualmente as dívidas necessárias ao sustento do lar. O outro cônjuge, contribuindo de acordo com as suas possibilidades para algumas despesas domésticas (cumprindo, assim, o dever de contribuição), beneficia largamente daquelas dívidas contraídas pelo seu cônjuge, poupando, por seu lado, a maior parte dos seus rendimentos. Ainda que nos regimes de comunhão estes rendimentos sejam comuns e, por isso, respondem também pelas dívidas como património comum, no regime de separação a desigualdade de tratamento entre os cônjuges é mais acentuada. De facto, o cônjuge que poupou os seus rendimentos não será responsável perante o credor pelo pagamento da dívida, necessária para o decurso da vida normal e da qual beneficiou. Por isso, entendemos que por estas dívidas devem responder, mesmo no regime de separação (ao contrário do actualmente previsto no art. 1695.º, n.º 2), ambos os cônjuges solidariamente.

O regime da responsabilidade patrimonial previsto para a separação de bens deveria valer para os regimes de comunhão. Ou seja, e com a excepção das dívidas relativas aos encargos normais da vida familiar, pelas quais valeria a solidariedade (em qualquer regime), a dívida deveria responsabilizar, por aplicação da regra geral, o cônjuge que a contrai. Vigorando um dos regimes de comunhão, responsabilizaria, em primeiro lugar, mesmo antes do património do cônjuge devedor, o património comum (e aqui estaria a especificidade face ao regime geral), ainda que o credor não precise de executar este para executar também aquele (cabendo ao devedor provar a existência de outros bens comuns). Em princípio, o património próprio de um dos cônjuges não deverá responder por uma dívida contraída pelo outro cônjuge: nem mesmo a solidariedade patrimonial existente nos regimes de comunhão (que apenas justifica a responsabilidade do património comum) justifica tal regra. A admitir-se, o que se justificará em relação a certas dívidas como vimos, consideradas comuns, a responsabilidade do outro cônjuge sempre seria a título conjunto e não solidário.

Além disso, não faz sentido afastar a responsabilidade geral de quem contrai as dívidas. Isto é, o regime actual da solidariedade acautela este problema, mas, se como defendemos, deve adoptar-se a conjunção como na separação de bens, não podemos abdicar da responsabilidade total do cônjuge devedor ainda que possa ser subsidiariamente (diferente do art. 1369.º do Cód. Civil espanhol, que responsabiliza solidária e directamente o património comum e o próprio do cônjuge que contraiu a dívida). E isto dada a crescente autonomia patrimonial e independência económica dos cônjuges, mesmo nos regimes de comunhão, que justifica que nenhum deles responda integralmente por dívidas que, embora comuns, foram contraídas por um e, até, sem o acordo do outro (pense-se, p. ex., nas dívidas da al. d) do n.º 1 do art. 1691.º).

O facto de nos regimes de comunhão existir o património comum, cuja natureza impede a individualização daquilo que é de um cônjuge ou do outro, que justificaria a solidariedade, não constitui um obstáculo a este entendimento. Com efeito, é o património comum que responde, em primeiro lugar, nos regimes de comunhão, pelas dívidas comuns. Só na falta ou insuficiência deste respondem os bens próprios dos cônjuges. Isto é, se não há património comum o argumento da solidariedade assente na natureza do património comum e na interpenetração dos patrimónios dos cônjuges não tem razão de ser. Só respondem os bens próprios se não houver bens comuns e essa responsabilidade deveria ser, tal como no regime de separação e nas obrigações em geral, em regime de conjunção, sem prejuízo da responsabilidade total do património do cônjuge que contraiu a dívida.

Por outro lado, o objectivo da solidariedade entre os cônjuges visa proteger o credor contra dissipações patrimoniais dos cônjuges, mais facilmente possíveis nos regimes de comunhão onde há uma maior promiscuidade patrimonial (nomeadamente, por os próprios rendimentos do trabalho dos cônjuges serem comuns – art. 1724.º, al. a), e muito facilmente pode acontecer que o cônjuge que contraiu a dívida não tenha qualquer outro bem que garanta o pagamento ao credor). A responsabilização solidária dos cônjuges para protecção dos credores justificar-se-ia pelo facto de o cônjuge que não a contraiu beneficiar, em princípio, das vantagens subjacentes às dívidas contraídas.

É evidente que é esta ideia de protecção do credor que justifica a solidariedade de devedores para efeitos da responsabilidade civil (art. 497.º) ou no domínio das sociedades civis (art. 997.º), mas entre os cônjuges não se trata de danos causados a terceiros, que justifiquem uma protecção da vítima, nem do exercício em comum de uma actividade económica com fim lucrativo, que justifique uma protecção do credor

contra dissipação dos bens pelos sócios que têm como objectivo a repartição do lucro entre si. Tanto mais que este risco também existe no regime de separação de bens e aqui o regime é o da conjunção. Aliás, a tutela dos credores impor-se-ia mais no regime de separação onde não há um património comum que, em primeira linha, responde pela dívida comum.

Por tudo isto entendemos ser de alterar o actual regime da responsabilidade por dívidas por um mais simples que corresponda à autonomia pessoal e patrimonial entre os cônjuges.

Com esta solução, que nos parece mais justa no contexto actual das relações patrimoniais entre os cônjuges, os credores não ficam prejudicados. No regime de separação sempre podem executar a totalidade do património do cônjuge que contraiu a dívida¹⁸⁵⁵; nos regimes de comunhão, podem executar o património comum e, na falta ou insuficiência deste, os bens próprios de cada um dos cônjuges ou do cônjuge que contraiu a dívida comum sem que o outro também se obrigasse directamente.

O regime da responsabilidade patrimonial por dívidas dos cônjuges é especial, na medida em que, atendendo à existência de um casamento e à interpenetração patrimonial decorrente da vida em comum, o legislador visa encontrar um equilíbrio entre a protecção da família e os interesses de terceiros credores. Todavia, o casamento não pode ser um meio de eximir o devedor de responder pelas dívidas que contrai. Por isso, o cônjuge que contrai a mesma deve responder por ela sempre e nos termos gerais. A esta responsabilidade, se a dívida for comum, acrescenta a lei a do património comum, se se tratar de regime de comunhão, e a do património próprio do outro cônjuge.

Por isso, também alguns autores italianos entendem que a regra do art. 190.º do Cód. Civil italiano deve ser sistematicamente coordenada com o princípio geral em matéria de autonomia negocial e responsabilidade pessoal e patrimonial, por forma a que o cônjuge pessoalmente responsável pela dívida comum (que a contraiu) responda pela mesma (art. 2740.º do Cód. Civil italiano). Assim, por dívidas comuns, o cônjuge responde com os seus bens próprios “na medida da metade”, tratando-se de dívida que não contraiu pessoalmente (e não havendo solidariedade convencional entre os cônjuges). Se, pelo contrário, se trata de dívida contraída pessoalmente por esse

¹⁸⁵⁵ É evidente que pode sempre acontecer que também esse cônjuge não tenha bens, mas isso é um risco que o credor correrá em todo o caso.

cônjuge, ou contraída solidariamente por ambos os cônjuges, o cônjuge executado não pode restringir a sua responsabilidade.

A este nosso entendimento, abrimos, porém, uma exceção para as dívidas contraídas para a satisfação dos encargos normais da vida familiar (as despesas correntes). Para estas deveria manter-se o regime da solidariedade entre cônjuges nos regimes de comunhão e estipulá-lo até para o regime de separação. O que, aliás, acontece nos ordenamentos jurídicos estrangeiros aqui analisados. Com efeito, e como vimos, as dívidas contraídas para ocorrer às necessidades da vida familiar integram a parte geral dos efeitos patrimoniais do casamento aplicável a qualquer regime de bens.

De igual modo, são comuns, embora conjunta ou solidariamente, consoante o modo como os cônjuges se obrigaram, as dívidas contraídas por ambos os cônjuges (desde que se verifique a participação de ambos na contracção da dívida ou a adesão de um à dívida contraída pelo outro— art. 1691.º, n.º 1, al. a)), bem como as dívidas contraídas pelo cônjuge administrador em proveito comum do casal (art. 1691.º, n.º 1, al. c) – não obstante poder implicar um endividamento do cônjuge administrador que responsabiliza também o outro cônjuge, este e o património comum só respondem no caso de haver proveito comum). Seria ainda de manter a solução prevista no art. 1691.º, n.º 2, quanto ao regime da comunhão geral, e no art. 1693.º, com as particularidades que referimos.

No caso de dívida que onere bens comuns ou próprios, deveria pela mesma responder o bem onerado (fosse próprio ou comum) e o património próprio do cônjuge que contraiu a dívida. Alargar a responsabilidade, no caso de o bem onerado ser comum, aos restantes bens comuns, ainda que favoreça a posição do credor (que além do bem que constitui a sua garantia de pagamento pode obter o mesmo pelos restantes bens comuns), parece-nos um sacrifício demasiado penoso para o património comum e para o outro cônjuge. Além disso, não encontramos qualquer outra justificação para essa responsabilidade que não a protecção do credor. Ora, não nos parece que este deva ser beneficiado pelo facto de o seu devedor ser casado.

Pelas restantes dívidas contraídas por qualquer um dos cônjuges responderia o património próprio do cônjuge que a contraiu, em moldes idênticos aos regulados no art. 1696.º. Salvaguardámos, porém, o caso dos bens administrados pelo outro cônjuge, dado que as regras da administração dos bens não devem ser afectadas pela possibilidade de um cônjuge poder contrair dívidas livremente. Ou seja, se apenas um dos cônjuges administra o bem e, portanto, só ele pode dele dispor, ou mesmo se um administra e carece do consentimento do outro para dispor, não faz sentido que,

mediante a contracção de dívidas, o cônjuge que não administra ou que, por si só, não pode dispor, possa onerar o bem com dívidas. Assim, pelas dívidas contraídas por qualquer um dos cônjuges deverão responder todos os bens do cônjuge que a contraiu (nos termos gerais)¹⁸⁵⁶, os bens comuns previstos no n.º 2 do art. 1696.º e, finalmente, a sua meação nos bens comuns.

A não ir tão longe, deveria, pelo menos, eliminar-se a responsabilidade solidária, nos regimes de comunhão, prevista no art. 1695.º, n.º 1, para todas as dívidas comuns. Assim, pelas dívidas consideradas comuns deveria responder o património comum e subsidiariamente o património próprio dos cônjuges. Porém, e em primeiro lugar, essa responsabilidade dos patrimónios próprios, entre si, seria conjunta (e não solidária, salvo as dívidas relativas aos encargos normais da vida familiar). Por outro lado, a conjunção não pode afastar a responsabilidade integral do cônjuge que contrai a dívida. Ou seja, a solidariedade manter-se-ia não entre os patrimónios próprios dos cônjuges, mas entre o património comum e o património próprio do cônjuge devedor (ainda que este a título subsidiário). A responsabilidade conjunta seria apenas do cônjuge não devedor.

O mesmo valeria para o regime de separação de bens, com a diferença de não existir património comum e, por isso, responder o património próprio dos cônjuges. Assim, o cônjuge que contraiu a dívida responderá integralmente pela mesma, nos termos gerais. O outro cônjuge responderá na medida da metade da dívida e não mais que isso.

Repare-se que aquela autonomia patrimonial dos cônjuges casados em separação de bens acaba por ser afectada em virtude da própria comunhão de vida que o casamento implica. Pense-se, nomeadamente, no âmbito do Direito Bancário, a existência de contas bancárias solidárias e conjuntas e a promiscuidade patrimonial daí resultante. Por outro lado, e mesmo no regime supletivo de comunhão legal, é frequente na prática contratual a adopção de certas medidas, protectoras de terceiros contraentes, que implicam o abandono do regime legal da responsabilidade por dívidas, e passam por uma responsabilidade solidária de ambos os cônjuges pela dívida contraída (sobretudo, em operações bancárias).

Dedicámos um estudo particular às dívidas comerciais, dada a manutenção da al. d) do n.º 1 do art. 1691.º, e a sua articulação com o art. 15.º do Cód. Comercial. Procurámos encontrar razão justificativa para um regime especial do comerciante e

¹⁸⁵⁶ Com excepção dos bens próprios que sejam administrados pelo outro cônjuge, para articulação das regras do regime da responsabilidade por dívidas com as regras da administração e disposição dos bens do casal.

concluimos pela sua desnecessidade e desigualdade face às restantes profissões. Ainda no domínio das dívidas comerciais, mas agora próprias do cônjuge que as contrai, abordámos a evolução histórica que culminou na eliminação da moratória anteriormente prevista no art. 1696.º, n.º 1, e a consequente abolição tácita do art. 10.º do Cód. Comercial.

Portanto, decorre dos arts. 1691.º, n.º 1, al. d), e 1695.º, n.º 1, do Cód. Civil, e 15.º do Cód. Comercial que se o credor do cônjuge comerciante fizer prova de que a dívida é comercial e o devedor comerciante, presume-se que a dívida foi contraída por este no exercício do comércio e, portanto, a dívida é da responsabilidade de ambos os cônjuges. Para afastar este regime é preciso que o cônjuge do comerciante, ou este mesmo, ilida a presunção do art. 15.º do Cód. Comercial, provando que a dívida do comerciante, apesar de comercial, não foi contraída no exercício da actividade comercial daquele, ou, em todo o caso, ilida a presunção implícita na al. d) do n.º 1 do art. 1691.º, provando que a dívida não foi contraída em proveito comum do casal.

Atendendo ao art. 1691.º, n.º 1, al. d), em conjugação com o art. 1714.º (princípio da imutabilidade), não tendo os nubentes pensado sobre o regime de bens a vigorar entre eles, pode acontecer que venham a casar no regime supletivo de comunhão de adquiridos, sujeitando-se, com o funcionamento das presunções dos arts. 1691.º, n.º 1, al. d), do Cód. Civil, e 15.º do Cód. Comercial, à comunicabilidade das dívidas comerciais contraídas por um deles (comerciante), sem possibilidade de alterar a situação (ainda que possam ilidir as presunções). A possibilidade de alterar o regime de bens nessas situações, afastando o princípio da imutabilidade, salvaguardando-se os direitos anteriormente adquiridos dos credores, não parece afectar o interesse do credor, pois, mesmo quando existia, como regra, no art. 1696.º, n.º 1, a moratória forçada, poderia sempre o credor, por dívidas comerciais da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges (afastando-se, com o regime de separação de bens, o funcionamento do art. 1691.º, n.º 1, al. d), e desde que não se enquadre em nenhuma das restantes alíneas do n.º 1 do art. 1691.º), usar o benefício que o art. 10.º do Cód. Comercial lhe concedia. Por maioria de razão se justifica com a abolição da referida moratória com o Dec.-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro. Mas, por outro lado, poderá beneficiar o cônjuge do comerciante, que, por vezes, poderá até nem concordar com o exercício da actividade comercial por parte do seu cônjuge (cfr. o art. 1677.º-D).

Não nos parece que o regime protector das dívidas comerciais, ainda que possa garantir, pela mais fácil obtenção de crédito, a situação financeira da família que vive

dos rendimentos da actividade comercial, permita excluir o exercício de outras profissões dessa protecção, além de não ter justificação na realidade actual.

Não se compreende também a razão da manutenção da excepção para o regime de separação de bens. A admitir que as dívidas comerciais previstas na al. d) do n.º 1 do art. 1691.º são comuns não se compreende, atendendo à autonomia patrimonial entre os cônjuges em qualquer regime de bens, a consagração de uma regulamentação especial para o regime de separação. Tanto mais que, mesmo neste regime, e sendo comum a dívida, poderia demonstrar-se a não existência de proveito comum para afastar a aplicação da mesma norma. A admitir-se, o que nos custa aceitar, a comunicabilidade da dívida, para protecção do credor, seria para qualquer regime de bens, sendo o factor de não comunicabilidade o proveito comum.

Além disso, com a eliminação da al. d) do n.º 1 do art. 1691.º, a protecção financeira da família e a obtenção de crédito, que justificam o regime especial das dívidas contraídas no exercício do comércio, não seria significativamente afectada. Na realidade, muito provavelmente, os credores do cônjuge comerciante continuariam a poder responsabilizar ambos os cônjuges por via da al. c) do mesmo n.º 1 do art. 1691.º, desde que provassem que a dívida fora contraída na constância do matrimónio pelo cônjuge administrador, nos limites dos poderes de administração e em proveito comum do casal. É evidente que a vantagem da al. d) do n.º 1 do art. 1691.º, face à al. c) do mesmo artigo, decorre da maior protecção concedida ao credor no caso da al. d), uma vez que, ao contrário do que ocorre na al. c), o credor não tem de fazer prova do proveito comum para responsabilizar ambos os cônjuges. Mas é, aliás, o que acontece no regime de separação de bens e o que acontece no exercício de qualquer outra profissão.

Acresce que, haverá sempre possibilidade de recurso a instrumentos de crédito tão eficazes e diversificados que podem atingir o mesmo objectivo de tutela do crédito. Não vemos razão, atendendo à independência recíproca entre os cônjuges, para não vigorar o mesmo regime para os regimes de comunhão ou de vigorar este regime específico para o exercício do comércio.

Finalmente, ao nível comercial e societário, a realidade demonstra que a tendência é a da limitação das responsabilidades, mediante a opção pelas sociedades anónimas ou por quotas ou pela sociedade por quotas unipessoal, em vez do comerciante individual e até do e.i.r.l., quase não existindo sociedades em nome colectivo. Se assim é, se se visa a separação de patrimónios, traduzida não só na independência patrimonial entre os

cônjuges (como já referimos), mas também na separação entre o património de cada um dos cônjuges e o “património profissional”, não se justifica a manutenção de uma solução desfasada da realidade que é a da responsabilidade comum pelas dívidas comerciais (art. 1691.º, n.º 1, al. d)).

De notar, ainda, que, e como vimos, o legislador proibiu que os cônjuges participassem na mesma sociedade, em termos de ambos responderem pessoal e ilimitadamente pelas dívidas sociais (arts. 1714.º, n.º 3, do Cód. Civil, e 8.º do Cód. das Sociedades Comerciais), mas dispôs que, vigorando um dos regimes de comunhão, as dívidas comerciais de um dos cônjuges responsabilizam os bens comuns e subsidiária e solidariamente os bens próprios de qualquer um dos cônjuges (arts. 1691.º, n.º 1, al. d), e 1695.º, n.º 1).

Entendemos, portanto, que o favor ao comércio representado pelo regime da responsabilidade por dívidas não se justifica actualmente, atendendo às novas realidades legais e sociais, e seria, aliás, de todo conveniente alterar esta matéria, eliminando a al. d) do n.º 1 do art. 1691.º.

Quanto ao regime processual das dívidas, pode colocar-se o problema da compatibilidade deste com o regime substantivo. Ou seja, e estando em causa um título executivo não judicial contra um só dos cônjuges, admitir-se-iam duas soluções para resolver o problema da discussão da comunicabilidade da dívida do ponto de vista substantivo. Assim, ou se admite um incidente declarativo enxertado na acção executiva, com todas as garantias processuais, para discussão da comunicabilidade da dívida apresentada a execução movida contra um só dos cônjuges (implicando uma alteração do art. 825.º do Cód. de Processo Civil); ou se remete essa discussão para as relações internas entre os cônjuges, permitindo sempre uma penhora sobre os bens comuns na totalidade (como faz o art. 1413.º do Cód. Civil francês), e diferindo a questão da comunicabilidade para efeitos de compensações no momento da liquidação e partilha do regime de comunhão.

III. Como verificámos, a análise e crítica fundada do regime da responsabilidade por dívidas implicou que o articulássemos com os restantes regimes reguladores das relações patrimoniais entre os cônjuges. Com efeito, o actual regime deve justificar-se por uma dada regulamentação do activo patrimonial. Assiste-se, porém, como vimos, a frequentes desarticulações entre a regulamentação do passivo e a da administração e

disposição do activo, que nos levam também a questionar a correcção do actual regime da responsabilidade por dívidas dos cônjuges.

Face ao regime do art. 1681.º, que traduz o princípio da irresponsabilidade do cônjuge administrador, 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 judicial. Seria, p. ex., de toda a utilidade uma disposição semelhante à proposta por Braga da Cruz, e já referida, quanto à introdução legislativa da possibilidade de, na falta de actuação do cônjuge administrador, poder o outro cônjuge praticar o acto em causa.

Pense-se também na hipótese de, actuando no exercício de poderes de administração, um cônjuge contrair dívidas (art. 1690.º), que negligentemente prejudicam o património comum e, indirectamente, o outro cônjuge. Será o caso, p. ex., e muito frequente, do exercício de uma actividade comercial por um dos cônjuges em nome individual. Não tem o seu cônjuge qualquer meio que o impeça de obstar preventivamente a tais danos nem de obter seguramente uma indemnização (pelo seu cônjuge) pelos danos causados pela actuação danosa (excluída a hipótese legal do art. 1681.º que exige actuação dolosa). Resta-lhe a simples separação judicial de bens ou o divórcio (que será certamente litigioso), que exigem o preenchimento de certos pressupostos, ou uma eventual compensação que o cônjuge devedor efectue ao património comum (que cairá por terra se os bens comuns não existirem mais e se o devedor também não tiver bens próprios). Responsabilizando ou prevenindo a actuação do cônjuge administrador acautelaram-se um sobre-endividamento decorrente da legitimidade de qualquer um dos cônjuges para contrair dívidas¹⁸⁵⁷.

O nosso legislador regulou a situação normal da vida familiar, mas não previu medidas de regulação das situações de crise. Quando surgem é que as dificuldades aparecem e impõe-se a sua regulamentação pelo Direito. E aqui o nosso ordenamento jurídico falha, como vimos, fazendo prevalecer a teoria da fragilidade da garantia e a não intromissão do tribunal na vida familiar. O problema estará sempre em saber até onde a lei e os tribunais devem ir, imiscuindo-se na vida do casal. Foi objectivo da Reforma de 1977 admitir a intervenção do tribunal apenas nos casos mais graves de desentendimentos do casal, deixando a solução dos problemas aos próprios cônjuges.

¹⁸⁵⁷ O direito francês tem aplicado nestes casos o art. 220.º-1 do Cód. Civil francês. Os tribunais emitem interdições ou injunções positivas de praticar certos actos, com o intuito de evitar a produção de um dano e por um período limitado de três anos. No nosso direito sempre se poderia requerer providências cautelares não especificadas (arts. 381.º e segs. do Cód. de Processo Civil). Porém, estas são obrigatoriamente requeridas em função de uma acção futura sob pena de caducidade (art. 389.º, n.º 1, al. a), do Cód. de Processo Civil), enquanto que o procedimento do direito francês não está sujeito a esta condição.

Resta saber se o mesmo entendimento se deverá manter hoje em dia, onde os cônjuges adoptam uma posição muito mais individualista e mais litigiosa.

Quanto aos actos de administração ordinária dos bens comuns vale a regra da administração disjunta, ou seja, qualquer um dos cônjuges pode praticar tais actos sem o outro. Referimos, citando Antunes Varela, que esta possibilidade de cada um dos cônjuges realizar actos de administração ordinária pode criar uma posição de vantagem ao cônjuge mais expedito e menos inibido, dando a possibilidade de um dos cônjuges realizar actos que o vinculam não só a si mas também ao seu cônjuge. Ora, parece-nos que esta afirmação valerá também em matéria de dívidas onde, podendo qualquer um dos cônjuges contrair dívidas sem o consentimento do outro, pode qualquer um deles vincular não só os bens comuns como até os bens próprios do outro cônjuge (art. 1695.º), ficando o cônjuge não contraente vinculado a um negócio que não realizou.

Será importante distinguir, no caso de se tratar de uma dívida que envolva actos de administração de bem comum (e fora da hipótese prevista no art. 1691.º, n.º 1, al. c)), em matéria de responsabilidade patrimonial (e a admitir a redacção actual do art. 1695.º), a distinção, de entre as dívidas que responsabilizam os patrimónios próprios dos cônjuges em qualquer regime de bens, das que foram contraídas no exercício da administração ordinária dos bens comuns e das que excederam esse exercício. Só assim se articulam os regimes de administração e de responsabilidade por dívidas. Caso contrário, pode responder o património do cônjuge não contraente (e mesmo na totalidade, no caso do art. 1695.º, n.º 1) por uma dívida assumida pelo seu cônjuge quando este não tem a administração do bem em causa.

Por outro lado, carece do consentimento de ambos os cônjuges, nos regimes de comunhão, a alienação de bem imóvel comum ou próprio de qualquer um dos cônjuges. Mas já não no caso de simples promessa de venda, que pode validamente ser celebrada por apenas um dos cônjuges, ficando apenas este obrigado ao seu cumprimento face ao outro contraente. Como o outro cônjuge não se obrigou a nada, nunca estará em falta quanto à declaração de venda. Por isso, não deveria ser obrigado a ressarcir qualquer dano que resulte, para o promitente-comprador, da não realização do contrato prometido. Em sentido contrário, pronunciou-se, como já vimos, o Assento do STJ n.º 4/94, de 26.01.1994 (*loc. cit.*), no sentido de que a dívida de restituição do sinal em dobro, por incumprimento de contrato-promessa de compra e venda de coisa imóvel, celebrado por um dos cônjuges, comerciante, no exercício da sua actividade comercial, como promitente-vendedor, é da responsabilidade de ambos os cônjuges, nos termos e

com as ressalvas previstas na referida al. d) do n.º 1 do art. 1691.º. É também invocando o proveito comum, para efeitos do art. 1691.º, n.º 1, al. c), que a jurisprudência tem considerado comum a dívida resultante da restituição do sinal, ou perda do mesmo, pelo não cumprimento de contrato-promessa de compra e venda outorgado por apenas um dos cônjuges ou outros incumprimentos contratuais. Portanto, apesar de não ter qualquer interferência na celebração do contrato, que não é de disposição do bem (e para o qual o consentimento do cônjuge seria necessário) mas de simples promessa de alienação, o outro cônjuge pode vir a responder por uma dívida resultante do seu incumprimento. Parece-nos existir também aqui uma incongruência entre a responsabilidade pelas dívidas e o princípio da autonomia privada e disposição dos bens.

Em matéria de administração e de disposição, há uma acentuada autonomia dos cônjuges no exercício de uma actividade comercial. Não se compreende, por isso, a desarticulação com o regime da responsabilidade por dívidas onde, sem justificação, permanece a al. d) do n.º 1 do art. 1691.º, considerando comuns as dívidas contraídas no exercício do comércio. De facto, se se entende que o cônjuge no exercício do comércio pode praticar quaisquer actos livremente, não se compreende que pelos mesmos respondam o património comum e o de qualquer um dos cônjuges.

Por outro lado, sabemos que a constituição de direitos reais de garantia exige nos regimes de comunhão o consentimento de ambos os cônjuges. Referimos o caso da constituição de uma hipoteca sobre um bem comum. No caso de incumprimento da obrigação por esta garantida, responde pela dívida o bem comum onerado e todos os bens comuns e solidariamente os bens próprios de ambos os cônjuges (art. 1695.º). Por isso se justifica a necessidade do consentimento de ambos para a sua constituição. Mas, se se tratar de uma hipoteca sobre um bem próprio, esta carece do consentimento do outro cônjuge para a sua constituição ainda que a dívida seja, em princípio, própria (art. 1694.º, n.º 2). Assim, não sendo o património comum nem o do outro cônjuge afectado pela constituição desta garantia não se justifica a necessidade do consentimento do outro cônjuge neste caso. Além do mais, também no regime de separação, onde a dívida é própria, não há necessidade do consentimento do outro cônjuge para a constituição de tais garantias. E não nos parece que a possibilidade de executar a meação do cônjuge devedor, na falta de bens próprios, seja argumento bastante para defender a necessidade do consentimento. É que, qualquer um dos cônjuges pode contrair dívidas que podem mesmo ser comuns e responsabilizar o património comum e aqui a lei não teve o

cuidado de exigir o consentimento (p. ex., no caso do art. 1691.º, n.º 1, als. b), c) ou d)). Ou seja, a ideia de protecção do património comum não colhe neste campo. O que acontece é que se impõe um consentimento de ambos os cônjuges para a oneração, com direitos reais de garantia, de bens próprios e comuns, nos regimes de comunhão, mas este já não é necessário quando se “oneram” bens comuns com a contracção de dívidas. Em todo o caso, se a constituição da hipoteca estiver ferida de anulabilidade, por falta de consentimento, e esta for requerida, haverá retorno à situação inicial, pelo que a comunhão não responderá pela dívida (e o incumprimento contratual está sujeito ao art. 1692.º, al. b)). A questão só se coloca se a anulação não for requerida ou tiver passado o prazo para a mesma.

Além disso, pode constituir-se uma hipoteca judicial sobre um bem próprio de um dos cônjuges (art. 710.º) para garantia de pagamento de uma dívida desse cônjuge. Protege-se aqui o credor, mesmo em prejuízo do interesse que o cônjuge do devedor tenha relativamente aos frutos do bem próprio (que são comuns). Em todo o caso, no momento da execução deve aplicar-se o previsto no art. 864.º, n.º 3, al. a), do Cód. de Processo Civil, quando a penhora tenha recaído sobre bens imóveis ou estabelecimento comercial que o executado não possa alienar livremente.

A constituição de hipoteca judicial sobre um bem comum também é permitida, mas, e para respeitar a autonomia das várias massas patrimoniais e o princípio da subsidiariedade que ela impõe, a hipoteca deve recair sobre um dos bens comuns que respondem ao mesmo tempo que os bens próprios (art. 1696.º, n.º 2). Não é, porém, permitido constituir hipoteca sobre a meação dos bens do casal (art. 690.º).

Quanto à casa de morada da família, a lei exige o consentimento para a sua alienação, oneração, arrendamento ou constituição de outros direitos pessoais de gozo e em qualquer regime de bens, mas não a protege no caso de execução por dívidas. Ou seja, podendo qualquer um dos cônjuges contrair dívidas sem o consentimento do outro, pode acabar por ser executada, penhorada e vendida a casa de morada da família, seja por dívidas comuns (se for um bem comum) seja por dívida própria (se for bem próprio ou até, sendo bem comum, se se incluir na meação do devedor). De facto, no direito vigente, ao contrário do que acontecia nos anos vinte e trinta do século XX, em que as leis estabeleciam a impenhorabilidade do “casal de família”, a casa de morada da família não está protegida contra uma penhora.

O que está obviamente em causa é a questão de saber até onde deve ir a protecção da casa de morada da família. Tendo a conta a protecção constitucional à habitação (art.

65.º da CRP) e considerando o movimento geral no direito comparado, mesmo nos ordenamentos jurídicos de base mais separatista, no sentido de proteger a casa de morada da família, deve reforçar-se tal protecção, independentemente dos instrumentos técnicos usados para o efeito. Resta saber se essa protecção não dificultará a obtenção de crédito pela maioria das pessoas que só podem dar como garantia a casa onde habitam.

Quanto às dívidas que oneram doações, heranças ou legados, parece haver uma certa articulação entre o regime da aceitação e o da responsabilidade por dívidas. Podendo qualquer um dos cônjuges aceitar heranças, doações ou legados sem necessidade do consentimento do outro, e não exigindo a lei que o seja em benefício de inventário, poderia haver riscos para o património comum e para o outro cônjuge. Na falta de inventário, cabe ao cônjuge aceitante a prova de que se excutiram os bens da herança, doação ou legado. Porém, não o conseguindo provar respondem todos os bens do cônjuge aceitante, ou seja, a dívida é, em princípio, própria do aceitante, não afectando o património comum e o outro cônjuge. Pode acontecer que, por força do regime de bens, os bens doados, herdados ou legados ingressem no património comum, situação em que responde também o património comum (art. 1693.º, n.º 2). Só que neste caso, pode, porém, o cônjuge do aceitante impugnar o cumprimento dos encargos se demonstrar que o valor dos bens não é suficiente para a sua satisfação. O problema estará em situações limite em que esta impugnação não tem sucesso. É que neste caso, o cônjuge que não se pronunciou quanto à aceitação pode não só ser afectado por via da responsabilização dos bens comuns como responder solidariamente pela dívida. Melhor seria, ponderados os riscos, exigir que o cônjuge aceitante só possa aceitar a doação, herança ou legado sem o consentimento do seu cônjuge se o fizer em benefício de inventário. Só assim se acautela eficazmente a posição do outro cônjuge ao nível da responsabilidade por dívidas.

Pelo contrário, a exigência do consentimento mesmo para o repúdio (negócio jurídico unilateral), que não gera quaisquer encargos, dificilmente se justifica apenas pela eventual entrada dos bens no património comum. Trata-se de um benefício que devia estar na livre disponibilidade do cônjuge aceitante.

Quanto aos depósitos bancários, cuja liberdade de constituição e movimentação o art. 1680.º prevê independentemente de os valores depositados serem próprios ou comuns, qualquer um dos cônjuges pode dispor dos valores em causa sem necessidade do consentimento do outro cônjuge. Ora, a existência de contas bancárias pode desvirtuar o

regime da responsabilidade por dívidas. De facto, a existência desta norma do art. 1680.º, traduzindo a necessária autonomia e independência patrimonial entre os cônjuges, pode ser perigosa ao nível de responsabilidade por dívidas. Assim, e se os valores depositados forem bens comuns, pode um dos cônjuges utilizar os mesmos para pagamento de dívidas próprias, com prejuízo dos credores comuns e do outro cônjuge que, na falta de outros bens comuns, poderá ter que responder na totalidade pela dívida pela qual, não fosse a actuação do seu cônjuge, responderiam os bens comuns depositados. Isto sem prejuízo das devidas compensações nos termos do art. 1697.º.

É possível que, em virtude do sobre-endividamento do ou dos cônjuges as regras da administração dos bens do casal sejam alteradas. Com efeito, quando algum dos cônjuges é apresentado a insolvência, a administração dos seus bens, que integram a massa insolvente, não pertence ao ou aos cônjuges, mas ao administrador de insolvência (arts. 52.º e segs. e 81.º do CIRE).

A rigidez das regras de administração e disposição dos bens do casal é ultrapassada pela necessidade da prática diária de variados negócios jurídicos, pela difusão dos contratos de adesão e pela conclusão de negócios através de meros comportamentos concludentes. Além disso, e como referimos, além de vigorar a regra da irresponsabilidade do cônjuge administrador, não há sanção adequada para a violação das regras da administração (dado o âmbito restrito da simples separação judicial de bens). Por outro lado, a lei não refere a violação dos deveres de ordem patrimonial como fundamento de divórcio ou de separação de pessoas e bens.

Como vimos, qualquer um dos cônjuges tem legitimidade para contrair dívidas sem o consentimento do outro. Porém, também sabemos, que para dispor de certos bens os cônjuges carecem do consentimento um do outro. Ou seja, pode acontecer que um cônjuge que carece do consentimento do outro para dispor de um bem acabe por onerar com dívidas legitimamente. Pode, de facto, um cônjuge contrair uma dívida que é considerada comum e por ela respondem bens comuns que ele não pode livremente dispor (pense-se, p. ex., no caso da casa de morada da família). Por outro lado, a dívida pode ser própria e, mesmo assim, o cônjuge pode onerar bens comuns de que não pode dispor, nomeadamente, por não ter a sua administração (pense-se no caso dos bens comuns previstos no n.º 2 do art. 1696.º, quando seja o outro cônjuge a administrar o bem).

Referimos também, quanto à necessidade do consentimento para a prática de certos actos de disposição, a distinção entre a situação em que o acto foi praticado pelos dois e

aquela em que um actuou com o consentimento do outro. De facto, se ambos intervêm no acto de disposição, ambos serão responsáveis na relação contratual em causa e face a terceiros. Se actuou um com o consentimento do outro, este não está vinculado, tendo apenas prestado o seu consentimento para conferir validade ao acto. Em todo o caso, não parece ser este o resultado se analisarmos o problema do ponto de vista da responsabilidade por dívidas. Na realidade, pode o cônjuge que não está vinculado ao acto e que nele apenas consentiu vir a responder pela dívida em causa se ela for comum (art. 1695.º), e até solidariamente se os cônjuges estiverem casados em regime de comunhão (art. 1695.º, n.º 1). Pode, por isso, não haver diferença entre a actuação pelos dois cônjuges ou de um com o consentimento do outro.

Assim, qualquer um dos cônjuges pode contrair dívidas mas pode carecer do consentimento do outro para dispor de certos bens. O regime tem uma maior coerência se comparado com o direito anterior, isto é, os cônjuges podem o menos (contrair dívidas e onerar os bens) mas não quer dizer que possam o mais (dispor dos bens). O problema é que, em virtude de uma execução sobre certos bens, a oneração por contracção de dívidas pode resultar numa disposição do bem por parte do cônjuge que contraiu a dívida, ainda que não tenha poderes de disposição. Tal como é possível, por força de uma execução, e nos termos do art. 825.º do Cód. de Processo Civil, a partilha forçada dos bens comuns do casal em virtude de uma acção executiva, por acção de terceiros, também será possível em virtude de acção semelhante a “disposição” de bens comuns, ou até próprios de um dos cônjuges, de que o cônjuge que contraiu a dívida não tem a livre disposição. O problema em causa são as situações de conluio entre o credor e um dos cônjuges em prejuízo do outro cônjuge. Mas aí este terá sempre os meios processuais, mais ou menos eficazes, para reagir, como a oposição à penhora ou à execução e os embargos de terceiro.

No caso das ilegitimidades conjugais, o efeito do consentimento é o de validar o acto praticado pelo cônjuge. No caso da contracção de dívidas, dado que qualquer um dos cônjuges as pode contrair legitimamente sem o consentimento do outro, este permite a responsabilização do outro cônjuge e/ou do património comum.

IV. Apesar de o regime da responsabilidade por dívidas ser regulado pela lei independentemente do regime de bens vigente entre os cônjuges, em certos aspectos a existência de um regime de comunhão ou de separação implica uma solução diferente. Foi precisamente isso que se tentou analisar no capítulo quarto, ou seja, a repercussão

do regime de bens e do respectivo regime da responsabilidade por dívidas na protecção dos credores, tentando concluir qual o mais adequado à actual situação patrimonial dos cônjuges.

Nos regimes de comunhão a protecção do terceiro credor sai mais favorecida, desde logo pelo facto de o art. 1695.º, n.º 1, do Cód. Civil, fixar a responsabilidade do património comum pelas dívidas comuns, o que não existe no regime de separação. Por outro lado, a garantia patrimonial dos credores é acrescida dado que os cônjuges respondem solidariamente pelas dívidas comuns. Além disso, a lei prevê uma protecção especial nos regimes de comunhão ao credor comercial, como decorre do art. 1691.º, n.º 1, al. d). Porém, como já deixámos claro, não cremos que esta excessiva protecção se justifique actualmente. De facto, o que há a proteger é a família e o seu património e essa protecção pode atingir-se com uma responsabilização do cônjuge que contrai a dívida e, em casos especiais, do património comum ou do outro cônjuge.

De referir ainda que, no caso de dívidas próprias, o credor tem também uma garantia acrescida no caso de vigorar o regime de comunhão, dado que, existindo um património comum, além dos patrimónios próprios dos cônjuges, e de certos bens comuns (art. 1696.º, n.º 2), podem os credores executar a meação do cônjuge devedor nos bens comuns (art. 1696.º, n.º 1).

Por seu lado, a separação de patrimónios, que caracteriza o regime de separação, tem nas dívidas comerciais o máximo do seu significado. A al. d) do n.º 1 do art. 1691.º afasta expressamente do seu campo de aplicação o regime de separação de bens. A actividade comercial exercida por qualquer dos cônjuges, casado em regime de separação de bens, não aproveita forçosamente ao outro, nem legalmente responsabiliza os seus bens. Se é certo que mesmo no regime de separação de bens é possível ao credor provar, p. ex., face à al. c) do n.º 1 do art. 1691.º, que determinada dívida foi contraída em proveito comum do casal para o efeito de fazer responder ambos os cônjuges, já não poderá sustentar-se existir uma presunção de proveito comum quando se trate de dívidas contraídas por qualquer um dos cônjuges no exercício do comércio. É a tradução da ideia de que os cônjuges são estranhos um ao outro, do ponto de vista patrimonial.

Demonstrámos, mais uma vez, a necessidade do afastamento do privilégio concedido ao comércio nos regimes de comunhão, tanto mais que nenhuma outra profissão goza do mesmo benefício. A que acresce ainda a dissintonia com as regras do Direito das Sociedades, ou seja, não podem ambos os cônjuges, que constituíram uma sociedade entre si, assumir responsabilidade ilimitada (art. 1714.º, n.º 3, do Cód. Civil, e art. 8.º do

Cód. das Sociedades Comerciais), mas podem, se não constituírem uma sociedade, aliar-se na exploração de um estabelecimento comercial. E pelas dívidas daí resultantes já responde ilimitadamente cada um dos cônjuges se ambos o explorarem, de acordo com as regras gerais (no regime de separação) ou mesmo o património comum (nos regimes de comunhão – art. 1691.º, n.º 1, al. d)).

No regime de separação de bens, como constatámos, a protecção do terceiro não está tão salvaguardada quanto nos regimes de comunhão, aproximando-se mais do regime geral do Direito comum. Em todo o caso, também neste regime há certas dívidas que, consideradas comuns, apesar de contraídas por um dos cônjuges, a ambos responsabilizam. Enquanto os regimes de comunhão podem propiciar deslocações patrimoniais entre os patrimónios comum e próprios dos cônjuges pelo pagamento de dívidas (gerando as compensações no final do regime), no regime de separação podem ocorrer transferências patrimoniais entre os patrimónios dos cônjuges para fugir aos credores comuns (dado o regime previsto no art. 1695.º, n.º 2). Ou seja, como os cônjuges respondem apenas por metade, poderia um deles transferir a totalidade do seu património para o outro cônjuge respondendo depois apenas por metade da dívida face ao credor. Mas, além de se dever ter em consideração o ainda existente princípio da imutabilidade, não pode isso significar um maior prejuízo aos credores. De facto, os credores podem sempre recorrer aos meios gerais (se fraudulentamente um cônjuge passar os seus bens para o outro) ou podem exigir uma responsabilização solidária.

O regime de separação, por ser mais simples, favorece as relações patrimoniais entre os cônjuges e terceiros e assegura a igualdade jurídica entre os cônjuges numa altura em que a autonomia e a independência recíprocas destes assume cada vez mais um maior papel. Em termos gerais, pode dizer-se que o regime de separação beneficia de uma maior simplicidade, assegurando, pelo menos formalmente, uma igualdade entre os cônjuges.

Por seu lado, o regime de comunhão de adquiridos tem a vantagem de fazer participar ambos os cônjuges nos bens adquiridos depois do casamento, dando ao cônjuge que se dedica à actividade doméstica, não remunerada, a parte que lhe cabe nos ganhos e economias do outro, correspondendo ao ideal de comunhão dos cônjuges no plano patrimonial. A comunicação dos rendimentos dos bens próprios e das aquisições a título oneroso feitas no decurso do casamento constitui uma justa e proporcionada participação dos dois cônjuges nos resultados dos seus esforços comuns e da colaboração material e moral que mutuamente prestam.

Por outro lado, não há propriamente um regime puro de comunhão ou de separação, assistindo-se à penetração de ideias separatistas nos regimes de comunhão e de ideias comunitárias no regime de separação. Nos regimes de comunhão os patrimónios próprios dos cônjuges aumentam em detrimento do património comum, assumindo ambos os cônjuges iguais poderes de administração; na separação de bens prevê-se uma contribuição proporcional dos cônjuges para os encargos do casal, bem como restrições aos poderes do proprietário da casa de morada da família e a comunicabilidade de algumas dívidas, além de que a celebração de certos negócios entre os cônjuges, as aquisições em compropriedade ou a abertura de contas bancárias implicam alguma confusão patrimonial. São estas aproximações entre os dois regimes que levam algumas legislações a tentar combinar os dois, como acontece com o regime de participação nos adquiridos. O objectivo é fazer com que ambos os cônjuges participem, de forma justa, no valor dos bens adquiridos ao longo do casamento.

Nos países anglo-saxónicos e nos países nórdicos o regime legal, evitando os inconvenientes dos regimes de comunhão e os cálculos do regime de participação nos adquiridos, é o de separação de bens. Pelo contrário, a reforma do direito italiano em 1975 substituiu o regime de separação como regime supletivo pelo de comunhão, permitindo, dessa forma, a protecção do cônjuge mais débil e o reconhecimento do trabalho doméstico da mulher - traduzidos na participação igualitária no património comum e na administração dos bens. Além disso, em alguns estados dos E.U.A., a regra da *Common Law*, segundo a qual, em caso de divórcio, os patrimónios dos cônjuges seriam divididos de acordo com os respectivos títulos de aquisição, foi substituída pelo sistema de *Community Property*, onde existe uma divisão igualitária do património adquirido depois do casamento por qualquer um dos cônjuges. Noutros estados optou-se pelo sistema da *equitable distribution*, onde, em caso de divórcio, o tribunal pode distribuir equitativamente entre os cônjuges os bens adquiridos durante o casamento, independentemente de o respectivo título de aquisição dizer respeito a apenas um deles. Na Holanda, por seu lado, vigora o regime de comunhão geral, mas cada cônjuge administra os seus bens e dispõe livremente deles.

A necessidade de protecção do cônjuge que fica no lar (pela participação nos adquiridos no fim do casamento) não se justifica como há uns anos atrás. De qualquer forma, pode ainda haver necessidade de conceder alguma protecção em alguns casos. Mas tal protecção não implica uma participação nos bens adquiridos ao longo do casamento, podendo passar pela compensação a fixar por contribuição para os encargos

da vida familiar além daquilo a que estava obrigado. Cabe ao sistema jurídico adoptar as medidas necessárias para se alcançar uma igualdade no processo educativo e de formação de ambos os sexos, para fomentar o emprego e o livre acesso de ambos os cônjuges ao mundo laboral. Deve, assim, evitar a debilidade, e não partir do seu reconhecimento e fazer com que o cônjuge “não débil” seja responsável pela debilidade do outro, através da redução dos bens que adquiriu ao longo do casamento. Se, efectivamente, o enriquecimento de um cônjuge se verificar à custa do outro, que se dedicou ao lar, deverá haver meios para repor o equilíbrio patrimonial que não passam necessariamente pelo regime de comunhão. O importante será, em qualquer regime, fixar mecanismos que impeçam não as transferências, exigidas pela comunhão de vida, mas o restabelecimento do equilíbrio patrimonial (p. ex., as compensações, a fixação de uma compensação no momento da dissolução ao cônjuge que sempre dedicou a sua vida ao lar e educação dos filhos ou ainda o recurso às regras gerais do enriquecimento sem causa). Além disso, o regime de separação estará sempre vinculado ao regime matrimonial primário, nomeadamente, em matéria de dívidas para ocorrer aos encargos normais da vida familiar ou de disposição de certos bens como a casa de morada da família.

Não podemos esquecer que o regime patrimonial supletivo de comunhão não pode defender-se com base apenas na ideia de protecção da comunhão entre os cônjuges, dado que implica também relações com terceiros. De facto, o regime de comunhão legal regula não apenas as relações entre os cônjuges mas também com terceiros, podendo implicar o envolvimento do património próprio de um dos cônjuges em função de uma actividade desenvolvida pelo outro cônjuge. Portanto, visando a protecção da solidariedade conjugal pode afectar-se o património próprio de um cônjuge para pagamento de dívidas contraídas pelo outro, com prejuízo para a autonomia patrimonial de cada um dos cônjuges e podendo tornar o mais débil e menos empreendedor sujeito à actuação do seu cônjuge, onerando, dessa forma, o seu património.

Uma das críticas apontadas ao regime de separação é a de que este é um regime mais prejudicial aos credores, dado que, não existindo património comum, os credores não têm esse património autónomo que será eventualmente responsável pelas dívidas contraídas pelos cônjuges. O credor apenas pode executar o património do seu devedor, diminuindo a sua garantia patrimonial se comparado com o regime de comunhão. Ora, tal poderá gerar certa desconfiança dada a possibilidade de os cônjuges efectuarem transferências patrimoniais entre si, com prejuízo dos credores de cada um. Não

podemos, porém, esquecer que, dentro da normalidade, os credores, no caso de verem os seus direitos afectados, sempre podem recorrer aos meios gerais de Direito (p. ex., a impugnação pauliana, acções de nulidade, simulação, etc.). Sempre poderá argumentar-se no sentido de que, estando casados e vivendo juntos, a comunhão de vida entre os cônjuges gera uma maior promiscuidade patrimonial do que se se tratasse de estranhos. Mas isto não é suficiente para afastar o regime de separação: o mesmo argumento também não impõe a solidariedade das dívidas como acontece nos regimes de comunhão (art. 1695.º, n.ºs 1 e 2).

Demonstrando a nossa preferência por um regime separatista (ainda que o mesmo valha para qualquer regime), em termos gerais em matéria de dívidas, e porque entendemos dever existir uma regulamentação específica em certos pontos, parece-nos que apenas as dívidas contraídas para ocorrer aos encargos normais da vida familiar deveriam ter um tratamento especial, ou seja, e em relação a qualquer regime de bens, estas dívidas deveriam responsabilizar solidariamente ambos os cônjuges.

Defendemos o regime de separação de bens ou um regime de base separatista, como forma de, por um lado, acautelar a necessária autonomia e independência entre os cônjuges e, por outro lado, evitar alguns dos problemas que mais fortemente se fazem sentir nos regimes de comunhão, como os de disposição de certos bens e o regime da responsabilidade por dívidas. Não negamos que também neste regime haja uma confusão ao nível patrimonial que necessariamente decorre da comunhão de vida entre os cônjuges que gera obrigações recíprocas entre eles e uma relevante “interpenetração patrimonial”¹⁸⁵⁸. Também no regime de separação de bens existe essa osmose patrimonial, devendo os cônjuges contribuir para os encargos da vida familiar, serem responsáveis por certas dívidas consideradas comuns, estarem de acordo quanto à disposição de certos bens¹⁸⁵⁹, para já não falar das consequências da existência de contas bancárias entre os cônjuges também neste regime que, muitas vezes, conduzem a uma solidariedade alheia, por princípio, ao próprio regime. Porém, apesar de tudo, todos estes problemas existem com maior acuidade nos regimes de comunhão¹⁸⁶⁰. Haverá

¹⁸⁵⁸ M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, cit., p. 374.

¹⁸⁵⁹ Farafina L. Boussougou-Bou-Mbine, *ob. cit.*, pp. 133 e segs., depois de afirmar a regra da independência da administração nos regimes separatistas, analisa as situações em que a comunhão de vida se sobrepõe a tal autonomia, nomeadamente, a concessão de mandato ao cônjuge para administrar os bens próprios do outro, a representação judicial (art. 219.º do Cód. Civil francês), a cogestão dos bens em compropriedade, a necessidade do consentimento de ambos os cônjuges para a disposição da casa de morada da família ou do direito ao seu arrendamento (arts. 215.º, 3.º, e 1751.º do Cód. Civil francês), etc.

¹⁸⁶⁰ Concordamos com M.ª Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, cit., p. 375, nota 496, quando refere que a simplicidade dos regimes de separação é ilusória, pois, se os cônjuges vivem juntos, os seus interesses patrimoniais confundem-se

alguma razão para manter o regime de comunhão de adquiridos como regime supletivo? Haverá ainda que proteger algum dos cônjuges para que, no fim do casamento, ambos beneficiem no que foi adquirido com o esforço comum?

Esta eventual necessidade de protecção é acautelada, p. ex., se se fixar um regime de participação nos adquiridos. Mas mesmo que seja o regime de separação aquela protecção é assegurada pela celebração de contratos entre os cônjuges (que devem ser livremente permitidos) e de estipulações em convenção matrimonial. Como nota M.^a Rita Lobo Xavier, os regimes separatistas têm vindo a assumir tendências comunitárias¹⁸⁶¹. Mas isso não significa que os regimes de comunhão sejam mais adequados à regulamentação da vida conjugal. Apenas parece que constata o inevitável, que resulta da comunhão de vida: a interpenetração de patrimónios. Aliás, os problemas colocados pelos regimes de comunhão, nomeadamente, em matéria de responsabilidade por dívidas e de administração e disposição dos bens foram marcadamente assinalados.

A escolha de um dado regime de bens passará sempre pelos objectivos visados com essa regulamentação patrimonial das relações entre os cônjuges. De facto, e como nota Mary Ann Glendon, a escolha oscila entre uma maior igualdade dos cônjuges com autonomia económica e separação patrimonial e o acentuar a existência de uma comunhão de vida e de bens com eventual protecção do cônjuge mais desfavorecido¹⁸⁶². É nos regimes de separação, onde é mais marcada a separação económica e patrimonial, que mais se faz sentir a necessidade de proteger, em certos casos (p. ex., se apenas um dos cônjuges trabalha fora do lar), o cônjuge mais desfavorecido, que, não recebendo rendimentos profissionais fica mais dependente do outro cônjuge, além de não aumentar a sua riqueza patrimonial, não participando nos bens adquiridos pelo seu cônjuge (trata-se, na maioria dos casos, da mulher e, por isso, a expressão “feminização da pobreza”). Por outro lado, nos regimes de comunhão, a necessidade de consentimentos para disposição de certos bens (mesmo próprios), o regime de responsabilidade comum de

inevitavelmente. Mas entendemos que, apesar de tudo, é um regime mais simples que os de comunhão. Se pode adoptar-se por um mais simples porquê preferir um em que os problemas são mais frequentes?

¹⁸⁶¹ M.^a Rita A. G. Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada...*, cit., pp. 443-472. De facto, também o regime de separação de bens está sujeito ao regime de base, nomeadamente, à obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar, o que diminui a separação patrimonial entre os cônjuges; os regimes de separação consagram muitas vezes presunções de indivisão; os cônjuges casados em separação de bens constituem muitas vezes uma espécie de património comum, decorrente da aquisição de bens em compropriedade, da constituição de sociedades ou da realização de liberalidades entre si ou da abertura de contas bancárias colectivas; etc. Portanto, a estrita divisão dos patrimónios é incompatível com a plena comunhão de vida.

¹⁸⁶² Mary Ann Glendon, “Matrimonial property: a comparative study of law and social change”, *Tulane Law Review*, vol. 49.º, 1974-75, pp. 77-83.

certas dívidas (como as comerciais), etc., entravam a autonomia e independência cada vez mais exigidas nas relações entre os cônjuges.

O regime de participação nos adquiridos (ou comunhão nos ganhos) reúne as vantagens dos regimes de separação de bens e de comunhão de adquiridos. Tal como na separação há uma plena independência patrimonial dos cônjuges. Como na comunhão de adquiridos ambos os cônjuges participam nos benefícios realizados durante o casamento (dirigindo-se, assim, essencialmente, para os casamentos em que apenas um dos cônjuges recebe um salário). O principal problema do regime é o seu complexo funcionamento na fase da liquidação, dado ser preciso reconstituir os patrimónios próprios de cada um dos cônjuges, levados para o casamento e adquiridos ao longo do mesmo, encontrando-se a origem dos bens, as causas e os montantes das compensações devidas entre eles. Além disso, o cônjuge que nada adquiriu no decurso do regime, que se dedicou ao lar e educação dos filhos, está dependente da possibilidade de vir a participar nos adquiridos pelo outro, sendo que o direito de crédito que daí surge é menos vantajoso do que o direito a metade dos bens no regime de comunhão. Daí também a sua pouca adesão na prática nos ordenamentos jurídicos que o prevêm¹⁸⁶³. Acresce ainda, e já que o crédito de participação é monetário, que importa acautelar mecanismos de actualização dos valores em causa, evitando que o crédito de participação apurado esteja desvalorizado.

O casamento, seja em que regime for, é também uma união em termos patrimoniais. O ideal seria fazer um balanço da situação financeira do casal (os bens e as dívidas) e os objectivos de investimento e a forma como se dividem as despesas do casal¹⁸⁶⁴. Ora, como tal normalmente não ocorre é necessária a previsão de mecanismos de regulação das referidas relações patrimoniais entre os cônjuges.

Os outros ordenamentos jurídicos regulam os regimes de administração, disposição e responsabilidade por dívidas relativamente a cada regime de bens, mas prevêm também normas aplicáveis a qualquer regime (p. ex., quanto à disposição da casa de morada da família ou a contribuição para as despesas domésticas), ou seja, o “regime primário”. Não será uma maneira mais simples e mais clara de regular a matéria?

¹⁸⁶³ Como referem Malaurie/Aynès, *Les régimes matrimoniaux*, cit., pp. 361 e 362, o regime traduz uma falsa independência seguida de uma participação ilusória.

¹⁸⁶⁴ São as indicações apresentadas no artigo publicado no jornal Público, suplemento de Economia, de 18.02.2002, a propósito do dinheiro e o casamento (Gonçalo Morna, “Casamento & Dinheiro”, p. 28).

V. A inevitável osmose entre os patrimónios próprios e o comum que ocorre em virtude da comunhão de vida, exige a previsão de determinados mecanismos destinados a realizar um justo equilíbrio patrimonial entre os cônjuges. Na constância do matrimónio ocorrem, frequentemente, transferências de valores entre as diferentes massas de bens em presença, transferências patrimoniais essas que carecem de correcção no fim do regime matrimonial. O que se pretende evitar com tais mecanismos é o enriquecimento de um dos cônjuges à custa do empobrecimento do outro, procurando salvaguardar um certo equilíbrio patrimonial. Tendo por objectivo restabelecer o equilíbrio entre os diferentes patrimónios existentes nos regimes de comunhão, eventualmente afectado no decurso do regime, as compensações procuram evitar o enriquecimento injusto, como princípio geral de direito, de um património em detrimento de outro, decorrente, em especial, do pagamento de dívidas, por um dos patrimónios, que oneram definitivamente outro património. Por outro lado, a técnica das compensações impõe que se determine o rasto dos movimentos de valores entre os patrimónios, permitindo identificar as transferências que pretendem defraudar a imutabilidade do regime de bens, encobrir negócios jurídicos proibidos ou constituir liberalidades não sujeitas ao regime da revogabilidade.

É, como vimos, no momento da liquidação da comunhão que deverão integrar-se as compensações entre os patrimónios próprios e o comum. A regulação das compensações, como dispõe o art. 1697.º, deverá fazer-se no momento da partilha, mas, em rigor, integra a fase da liquidação da comunhão, como operação prévia à partilha. Operação sucessiva à retirada dos bens próprios e prévia à partilha dos bens comuns, a liquidação visa determinar e avaliar a massa a partilhar. É o activo que se partilha, mas, sempre que possível, o activo líquido, deduzindo-se o passivo, as dívidas da comunhão. A liquidação da massa comum não será completa se não incluir certos elementos que, a um ou outro título, integram o activo ou passivo da comunhão. Um desses elementos são, efectivamente, as compensações que podem incluir-se na massa activa ou passiva da comunhão, consoante sejam a favor ou a cargo da mesma, respectivamente.

O principal problema que a regulamentação legal das compensações pelo pagamento de dívidas coloca é o da sua exigibilidade diferida e a necessidade de permitir actualizações dos valores em causa, sob pena de se frustrar o objectivo das compensações. As compensações são legalmente remetidas para o momento da liquidação e partilha da comunhão, ou seja, entendendo o património comum como um património de afectação especial, como um património colectivo, de mão comum não

pode permitir-se a exigibilidade das compensações no decurso da comunhão, ainda que tal solução eliminasse os problemas de actualização dos valores com que a exigibilidade diferida depara. A não exigibilidade imediata encontra o seu fundamento na própria natureza jurídica da comunhão.

Diferidas para o momento da liquidação e partilha da comunhão, e na falta de especificação da lei, as compensações seriam pelo seu valor nominal, o que não concordamos. A introdução, no direito espanhol, da regra da actualização dos valores, na Reforma de 1981, constituiu um aspecto de grande importância ao atacar o fenómeno da crise do nominalismo, que se manifesta em épocas de instabilidade económica em que a moeda sofre constantes desvalorizações.

A necessidade de actualização dos valores das compensações faz-se sentir no nosso ordenamento jurídico. O problema colocado foi o meio a seguir para se proceder à actualização das compensações, na ausência de regulamentação expressa. Socorrendo-nos do escopo visado pelo art. 2109.º, n.º 3, e do art. 551.º, que regula a actualização das obrigações pecuniárias, devemos atender aos índices dos preços, de modo a restabelecer, entre a prestação compensatória e a quantidade de mercadorias a que ela equivale, a relação existente na data em que a compensação surgiu. Não se mencionam quais os índices de preços atendíveis, devendo utilizar-se os números-índices elaborados periodicamente pelo Instituto Nacional de Estatística.

Problema que também se colocou no momento da liquidação e partilha foi o da regulamentação do passivo não partilhado. Será o caso da contracção de uma dívida no decurso do casamento, que entretanto foi dissolvido, procedendo-se à liquidação e partilha do regime de comunhão vigente. O credor não reclamou a sua dívida, não constando esta do passivo da comunhão. Uma vez realizada a partilha dos bens, o credor vem reclamar o pagamento da sua dívida, alegando e provando que no momento em que foi contraída a mesma era comum, e, por isso, exigindo o seu pagamento mediante os bens comuns e subsidiariamente sobre os bens próprios de qualquer um dos cônjuges. Ora, não havendo já bens comuns, questionou-se se terá o cônjuge que não contraiu a dívida que a pagar, nos termos do art. 1695.º, n.º 1, ou seja, pagar mesmo a totalidade da dívida, sendo certo que o casamento já se dissolveu e se procedeu à partilha dos bens comuns.

Esta solução protegeria seguramente melhor os interesses de terceiros credores mas poderá obviamente ser gravosa para o cônjuge que não contraiu a dívida. Contudo, há que proteger o direito dos terceiros credores nestas situações. De facto, e excluindo os

casos em que a culpa é sua por não ter reclamado o seu crédito, o credor não pode ser prejudicado pela partilha efectuada entre os cônjuges se detém um crédito que consubstancia uma dívida comum. Por outro lado, tratando-se de dívida contraída no decurso do casamento (art. 1690.º, n.º 2) será de aplicar o regime da responsabilidade por dívidas do casal e não pode considerar-se haver qualquer prejuízo para o cônjuge que não contraiu a dívida. O problema estará na concretização prática da responsabilidade patrimonial.

Uma hipótese será a de recorrer à solução prevista no art. 1689.º, n.ºs 2 e 3, para a partilha, ou seja, não havendo bens comuns (que ingressaram no património próprio de cada um dos cônjuges) respondem pela dívida os bens próprios de cada um dos cônjuges de acordo com as regras de cada regime de bens (solidariamente se era a comunhão o regime vigente ou conjuntamente se o regime era o de separação de bens). Significa, portanto, que no regime de comunhão cada um dos cônjuges responde solidariamente pela dívida, podendo, se um deles respondeu integralmente, ter direito de regresso face ao outro cônjuge (e tratar-se-á aqui, por não haver património comum, de estabelecer créditos entre cônjuges). No regime de separação, o credor apenas poderá exigir o pagamento por metade.

Ainda que esta solução esteja prevista para a realização da partilha nada impede a sua utilização nos casos de partilha já realizada onde haja que pagar uma dívida comum. Os credores estarão, assim, protegidos e os ex-cônjuges respondem por uma dívida que era comum, não podendo considerar-se que haja qualquer prejuízo da sua parte. A solução pode encontrar obstáculo no facto de se aplicar o regime da responsabilidade por dívidas entre os cônjuges quando já houve dissolução do casamento. Em todo o caso, não podemos esquecer que a dívida foi contraída no decurso do casamento o que implica, face aos credores, um regime de responsabilidade por dívidas que nessa altura vigorava. O único obstáculo é a inexistência de património comum que, entretanto, foi partilhado entre os cônjuges, pelo que a responsabilidade deste passará pelas meações recebidas por cada um dos cônjuges. Ou seja, mesmo tendo já havido partilha, deve considerar-se reintegrado o património comum para efeitos do pagamento da dívida em causa. Considerar-se-á a meação que cada cônjuge recebeu do património comum (que se presume ser de metade – art. 1730.º), respondendo ambas as meações, na mesma proporção (metade), pela dívida comum. Na falta ou insuficiência de tais bens “comuns” respondem os bens próprios dos cônjuges nos mesmos termos referidos

(solidária ou conjuntamente, consoante o regime de bens que vigorou entre os cônjuges).

Não nos repugna, portanto, a aplicação do art. 1695.º, por força do art. 1689.º, para responsabilizar cada um dos cônjuges, sendo certo que, em primeiro lugar, deverão os cônjuges responder com os bens comuns que integraram a sua meação e que foi inserida no seu património próprio e respondem depois solidária ou conjuntamente com o restante património próprio. A única diferença face aos credores que exigiram o seu pagamento antes da partilha é que deixa de haver qualquer preferência destes face aos credores pessoais de cada cônjuge. De facto, a preferência apenas existia em relação ao património comum que, de facto, deixou de existir. Em todo o caso, os credores comuns continuam com uma garantia acrescida do seu crédito que não têm os credores de cada um dos cônjuges. Na verdade, a responsabilidade não é apenas de um dos cônjuges (o que contraiu a dívida) mas de ambos os cônjuges (os dois receberam, em princípio, a sua meação nos bens comuns) solidária ou conjuntamente. Acautela-se, assim, a posição do credor que não fica prejudicado com a partilha e os cônjuges respondem por uma dívida que era da responsabilidade comum, não enriquecendo injustamente à custa do credor.

Uma outra hipótese de regulamentação das dívidas em causa seria a de aplicar, por analogia com a partilha sucessória, o art. 2098.º. Ou seja, efectuada a partilha, cada herdeiro responderá pelos encargos da herança em proporção da quota que lhe tenha cabido. Enquanto a herança se manteve no estado de indivisão todos os bens hereditários respondiam colectivamente (art. 2097.º). A partir da divisão da herança, passa a responder cada herdeiro, individualmente, pela satisfação de cada dívida ou encargo da herança, mas apenas na proporção da quota que lhe coube na partilha (art. 2098.º). Regulamentação semelhante deverá valer no caso de dívidas contraídas no decurso do casamento e que apenas são exigidas depois da partilha do património comum. Esta solução recorre à analogia com o Direito Sucessório evitando que se apliquem as regras específicas da responsabilidade por dívidas do casal reguladoras das relações entre cônjuges e não entre ex-cônjuges. Tem a desvantagem de prever uma responsabilidade não solidária dos cônjuges limitada à parte que receberam no património comum, o que prejudica o credor que, no decurso do casamento, sempre tinha os patrimónios dos cônjuges para responsabilizar (e nos regimes de comunhão, solidariamente).

A possibilidade de responsabilizar solidariamente os cônjuges seria por recurso às regras da liquidação das sociedades civis, ou seja, nos termos do art. 997.º, tal como os sócios respondem pessoal e solidariamente pelas dívidas sociais, responderiam os cônjuges solidariamente pelas dívidas comuns ainda não pagas depois de se efectuar a partilha do património comum.

O principal obstáculo a esta hipótese reside na natureza jurídica diferente da comunhão conjugal e do património societário. A comunhão conjugal não pode equiparar-se a uma sociedade: não preenche os requisitos previstos no art. 980.º do Cód. Civil. Além disso, no caso de existir comunhão poderia recorrer-se às regras da liquidação da sociedade civil, na medida em que existe um património em indivisão. Na separação de bens não se gera qualquer indivisão e a liquidação do regime não visa a partilha dos bens comuns. Por isso, o credor (que também não tinha qualquer património comum para responsabilizar ao longo do regime de bens) verá o seu crédito ser garantido pelo património próprio dos cônjuges de acordo com a regra geral do Direito comum, ou seja, conjuntamente (e já não por força do art. 1695.º, n.º 2).

Contrariamente ao disposto noutros ordenamentos jurídicos a nossa lei não prevê a regulamentação das dívidas dos cônjuges depois de realizada a partilha, sendo contraídas no decurso do casamento. Analisando as posições apresentadas, é a equiparação da comunhão à sucessão que mais está conforme com a natureza jurídica desta e corresponde, aliás, com a regulamentação do direito comparado. Peca, porém, pela desprotecção ao credor comum que, no decurso da comunhão tinha não só o património comum para responsabilizar como também o património próprio dos cônjuges solidariamente (nos regimes de comunhão) e agora ficaria limitado à meação nos bens comuns recebida pelos cônjuges, havendo inventário, ou, no limite, cada cônjuge continuaria a responder em proporção com o que recebeu. Como referimos *supra* não pode o credor ficar prejudicado pela partilha dos bens comuns realizada pelos cônjuges. Assim, parece-nos que a melhor solução será a de, ainda que aplicando por analogia as regras da partilha sucessória, considerar existir regra específica para a responsabilidade de cada cônjuge pelas dívidas comuns depois da partilha e que decorre do art. 1695.º. Só assim o credor não fica prejudicado com a mesma partilha. Acrescentamos ainda, e como já tivemos oportunidade de defender, que a questão seria simplificada se o credor, em todo o caso, sempre pudesse responsabilizar o seu devedor nos termos gerais do Direito comum, isto é, se o cônjuge ou o ex-cônjuge que contraiu a

dívida fosse sempre responsável por ela (e não apenas o património comum ou esse cônjuge a título conjunto).

Por outro lado, analisámos também a forma de regular as dívidas contraídas entre o momento da dissolução do regime de bens e a efectiva partilha do mesmo, ou seja, continuarão a aplicar-se as regras do regime de bens (muito embora o casamento tenha já sido dissolvido) ou aplicar-se-ão as regras gerais de qualquer indivisão como se não tivesse existido qualquer regime de bens entre os cônjuges?

O regime de bens termina com a dissolução mas mantém-se a comunhão, pelo que só com a partilha se sabe o que é próprio de um e outro cônjuge e o que é comum, e só nessa altura se apuram e pagam as dívidas. Contudo, terminando as relações pessoais e patrimoniais entre os cônjuges, não tem sentido que se mantenham unidos pelo regime da responsabilidade por dívidas, podendo um cônjuge ser solidariamente responsável por uma dívida que o outro contraiu, só por ainda não se ter procedido à partilha dos bens. O grande problema é a existência de um património comum que permanece até ao momento da partilha. Pelas dívidas já contraídas (art. 1690.º, n.º 2) será de aplicar o regime da responsabilidade por dívidas do casal. As dívidas a contrair depois da dissolução não deverão sujeitar-se a tal regime que apenas regula as relações patrimoniais entre cônjuges e não entre ex-cônjuges. A comunhão indivisa deve ser objecto de uma regulamentação especial e não a do regime de bens. Como património autónomo que é a melhor regulamentação aproxima-a da comunhão hereditária. Assim, os bens comuns continuarão a responder pelas dívidas já contraídas no decurso da comunhão e consideradas comuns. As dívidas contraídas depois da dissolução devem considerar-se próprias do cônjuge que as contraiu, salvo se forem em benefício da comunhão indivisa.

VI. Quanto às dívidas contraídas no decurso de uma separação de facto dos cônjuges, não é por não haver comunhão de vida nem o dever de contribuição para os encargos da vida familiar que deixa de existir dever de assistência ou casamento. Estes mantêm-se e com eles a possibilidade de existirem dívidas contraídas para ocorrer aos encargos normais da vida familiar. Aceitar a responsabilidade comum no caso de separação de facto (seja no caso de dívidas relativas aos encargos da vida familiar ou em proveito comum) implica admitir que é o casamento como vínculo jurídico que está na base dessa responsabilidade e não a vida em comum. Por isso, a não aplicação, pelo menos directamente, dessa responsabilidade comum na união de facto.

Porém, e se é o casamento que justifica a existência dos deveres conjugais, como o de assistência, e a comunicabilidade das dívidas, o facto do casamento persistir com a separação de facto, não implica que todas as dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges sejam necessariamente comuns, dependendo dos específicos contornos de cada caso em concreto. Portanto, a possibilidade de haver responsabilidade comum pelas dívidas contraídas por um dos cônjuges separado de facto do outro não pode, à partida, ser afastada. Até para protecção dos terceiros que com um dos cônjuges venha a contratar que, mantendo-se o casamento, confiam na solidariedade decorrente do regime da responsabilidade por dívidas entre os cônjuges previsto no art. 1691.º.

Consideramos, assim, que, ainda que por regra as dívidas contraídas para ocorrer aos encargos normais da vida familiar deixem de existir em situações de separação de facto, não podemos como princípio fixar tal entendimento. Tudo dependerá da análise do caso concreto, sendo certo que existindo filhos comuns a probabilidade de tais encargos se manterem será maior.

Convém não esquecer a necessidade de protecção do credor que, ao contratar com um dos cônjuges, acreditou na aparência de casamento (se, de facto, não foi por culpa sua que não tomou conhecimento da separação de facto). Esta necessidade de salvaguarda dos interesses dos credores foi, como vimos, posta em relevo essencialmente pelos ordenamentos jurídicos espanhol (pelos autores que afastam a responsabilidade solidária) e alemão (face à exclusão da responsabilidade pelo § 1357.º, 3.º, do BGB).

O que dissemos em relação às dívidas contraídas para ocorrer aos encargos da vida familiar, pode aplicar-se às dívidas contraídas em proveito comum, seja pelo cônjuge administrador seja pelo cônjuge comerciante no exercício do seu comércio (art. 1691.º, n.º 1, al. c) e d), e n.º 2). A verificação do conceito de proveito comum pode aplicar-se na separação de facto tal como anteriormente no decurso da normalidade do casamento, dependendo dos factos concretos o seu preenchimento (que poderão ser menos). Assim, e porque continuam também a aplicar-se as regras da administração dos bens do casal, as dívidas contraídas pelo cônjuge administrador separado de facto, nos limites dos seus poderes administrativos e em proveito comum, são dívidas da responsabilidade de ambos os cônjuges, nos termos do art. 1691.º, n.º 1, al. c). Tal como os novos bens adquiridos por cada um dos cônjuges integram o património comum, também responsabilizam o mesmo património as dívidas em seu benefício.

A separação de facto releva também para a aferição da comunicabilidade das dívidas contraídas no exercício do comércio (art. 1691.º, n.º 1, al. d)). O caso do comércio explorado por um cônjuge separado de facto foi apresentado como um exemplo do comércio não exercido em proveito comum do casal. Mas, parece não bastar esta situação de separação de facto para excluir o proveito comum, sendo preciso para tanto que se verifiquem outras circunstâncias, como oportunamente analisámos.

Entendemos, portanto, que mesmo havendo separação de facto pode haver proveito comum relativo à contracção de certas dívidas, para efeitos das als. c) e/ou d) do n.º 1 do art. 1691.º.

VII. Por último, fizemos referência às dívidas contraídas no decurso de uma união de facto.

Quando referimos a união de facto, a que a lei atribui efeitos jurídicos e à qual os tribunais procuram assegurar protecção, trata-se daquela união entre duas pessoas que preenche os requisitos exigidos na Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, nomeadamente o decurso de dois anos de vivência em comum, em condições análogas às dos cônjuges. Não podemos, contudo, esquecer que, apesar da regulamentação específica actual, patente não só na Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, mas em todas as normas do Direito do Trabalho, da Administração Pública, da Segurança Social, do Direito Penal..., existirá sempre a união livre, ou seja, aquela união entre duas pessoas que, por não quererem ou por não se tratar da união de facto como o ordenamento jurídico a entende (com permanência, estabilidade e comunhão de vida, podendo tratar-se de relações fortuitas ou do “concubinato”), não se encontram sujeitas a qualquer uma dessas disposições legais. Independentemente de qualquer regulamentação legal que existe ou venha a existir sempre haverá uniões à margem de qualquer protecção jurídica, cuja regulação dos problemas que venham a surgir, nomeadamente, em matéria de dívidas, se fará sempre como se se tratasse de dois estranhos. Daí a referência a “uniões livres”, ou seja, uniões de facto sem reconhecimento de efeitos jurídicos. A elas será de aplicar, à margem de qualquer regulamentação legal já existente ou a existir, as normas gerais de Direito comum. As “uniões livres” deixam de o ser, para passarem a uniões de facto com efeitos jurídicos, pela verificação dos pressupostos legais de reconhecimento de tais efeitos às uniões.

Ao contrário das relações patrimoniais entre os cônjuges e entre estes e terceiros, sujeitas a um regime particular, não há na união de facto um regime de bens, nem têm

aplicação as regras que disciplinam os efeitos patrimoniais do casamento independentes do regime de bens (administração, disposição, dívidas, liquidação e partilha...). Mas, a comunhão de vida gerada pela união de facto, com a contribuição de ambos os membros, seja com os rendimentos do seu trabalho seja com a sua participação nas tarefas domésticas, leva ao aparecimento de situações patrimoniais que mereciam a tutela do direito. Na ausência de regulamentação legal coloca-se a questão de saber se os membros da união de facto poderão regular eles próprios, de acordo com o princípio da autonomia da vontade, os aspectos patrimoniais da sua relação (inventariando os bens que levam para a união, fixando regras sobre a propriedade dos bens móveis ou dos valores depositados em contas bancárias, regulando a contribuição de cada um para as despesas do lar, o pagamento das dívidas, a divisão dos bens que sejam adquiridos no decurso da união de facto...). A solução dos problemas decorrentes das relações entre os conviventes far-se-ia por via contratual, por “contratos de coabitação, convivência ou concubinato”. A possibilidade de os conviventes auto-regularem certos aspectos da sua relação é a forma adequada para resolver os problemas que surgem no decurso e no fim da união de facto. Uma união que surge da simples vontade das partes deverá regular-se de acordo com o princípio da autonomia da vontade.

Na ausência de pacto dos conviventes regulador da responsabilidade por dívidas, e afastada a aplicação analógica do regime da responsabilidade por dívidas do casamento, a solução ideal, evitando o recurso a outros meios para encontrar uma solução justa, seria a existência de uma norma expressamente reguladora das dívidas dos conviventes. Parece-nos aconselhável que o Direito tome em consideração esta problemática, dado que o desconhecimento da mesma conduzirá a situações de injustiça.

Se em matéria de titularidade, administração e disposição dos bens os conviventes podem ser vistos como qualquer outra pessoa (compropriedade ou propriedade exclusiva do convivente que adquiriu o bem, sem prejuízo das regras do enriquecimento sem causa, podendo dispor em conformidade), em matéria de dívidas não cabe apenas olhar para os interesses dos conviventes, mas também de terceiros que com eles contrataram e que confiaram na aparência externa de casamento. Por isso, e na ausência de norma especial, e pelo menos em relação a dívidas contraídas para beneficiar o casal e a vida em comum, tentámos encontrar uma solução que se afigurasse mais justa do que a mera aplicação das regras gerais da responsabilidade. A protecção de terceiros é fundamental dado que, não sendo casados, os conviventes vivem como se o fossem, gerando face àqueles a aparência externa de o serem.

Sendo a lei omissa em matéria de responsabilidade por dívidas contraídas pelos conviventes, a doutrina portuguesa tem aplicado por analogia o art. 1691.º, n.º 1, al. b), ou, subsidiariamente, o instituto de enriquecimento sem causa.

Tem-se entendido que a comunhão de vida entre os conviventes, tal como se fossem casados, cria uma aparência de vida matrimonial, que pode suscitar a confiança de terceiros que contratem com os conviventes ou com cada um deles. Por isso, entende-se ser razoável a aplicação à união de facto do regime do art. 1691.º, n.º 1, al. b), responsabilizando solidariamente (art. 1695.º) ambos os conviventes pelas dívidas contraídas por qualquer um deles para ocorrer aos encargos normais da vida familiar.

Aceitámos, obviamente, que a responsabilização de ambos os conviventes por essas dívidas é a melhor solução, mas *de jure condendo*. A comunhão de vida justifica a responsabilidade de ambos os conviventes pelas dívidas contraídas para ocorrer aos encargos normais da vida em comum. Mas não pode, pelas razões já expostas, aplicar-se a comunicabilidade das dívidas à união de facto, dado que o disposto nos arts. 1690.º e segs. são de aplicação exclusiva ao casamento, não admitindo aplicação analógica. Além disso, entendemos que a eventual aparência de casamento, que justificaria a aplicação do art. 1691.º, n.º 1, al. b), à união de facto, só conduzirá a uma responsabilidade de ambos os conviventes pelas referidas dívidas pela verificação dos pressupostos da responsabilidade civil face a terceiros.

As soluções propostas pela jurisprudência e doutrina estrangeiras passam, em matéria de dívidas, pela aplicação das regras da sociedade de facto, do mandato tácito, da gestão de negócios, pela teoria da aparência e, subsidiariamente, pelas regras do enriquecimento sem causa.

Parece-nos que, ainda que a responsabilidade não seja solidária, a figura do mandato tácito é a que melhor se enquadra para regular o regime da responsabilidade pelas dívidas contraídas pelos conviventes para ocorrer aos encargos normais da vida em comum. Nada impede que um dos conviventes actue simultaneamente em seu nome e em nome do outro convivente. Repare-se que não só se acautela interesses de terceiros, como já vimos, como também permite ao convivente contraente que eventualmente pagou a totalidade da dívida exigir o reembolso da parte que excede a sua ao outro (art. 1167.º, al. c)).

VIII. Tentámos abordar as principais questões que se colocam em relação ao regime da responsabilidade por dívidas dos cônjuges, a sua articulação com outras matérias de

ordem patrimonial nas relações entre os cônjuges, as suas imperfeições e sugestões para um aperfeiçoamento do regime legal. Referia Braga da Cruz, a propósito do Cód. Civil de 1966¹⁸⁶⁵, que houve o cuidado de fazer a obra tanto quanto possível “perfeita: tão perfeita quanto o permite a própria imperfeição humana, com a humildade de quem sabe que não pode atingir a perfeição, mas tem o suficiente sentido das responsabilidades para aspirar permanentemente a ela”. É um pequeno contributo a esse aperfeiçoamento que pretendemos deixar com este estudo.

¹⁸⁶⁵ *Exposição documental do Código Civil Português*, Lisboa, Ministério da Justiça, 1966, p. 22.

BIBLIOGRAFIA CITADA

AAVV, *Akademie für Deutsches Recht 1933-1945. Protokolle der Ausschüsse. Familienrechtsausschuß. Unterausschuß für eheliches Güterrecht*, Werner Schubert, vol. III, 2, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1989.

AAVV, *Le couple et son patrimoine*, Paris, Juris-Classeur, 2002.

AAVV, *2.ª Bienal de Jurisprudência. Direito da Família*, Centro de Direito da Família, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

ABELLÓ MARGALEF, Ramón. "Notas sobre las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales", *Revista de Derecho Privado*, 1982, pp. 803-815.

ABITBOL, Eliette, "La contribution aux charges du mariage et son contentieux différé", in AAVV, *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, pp. 1-25.

ABREU, Eridano de, "Responsabilidade dos bens comuns do casal. Anotação ao ac. do STJ, de 1 de Maio de 1970", *O Direito*, ano 103.º, 1971, pp. 144-156.

---, "Acção Executiva. Penhora de bens comuns (o art. 10.º do Código Comercial)", *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 38.º, 1978, pp. 547-559.

ABREU, Jorge M. Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1998.

ABRY, B., "L'emprunt et le cautionnement en régime de communauté. L'article 1415 du Code civil après la loi du 23 décembre 1985", *JCP éd. N.*, ano 63.º, n.º 1, 1989, pp. 151-153.

ACHÓN BRUÑÉN, M.ª José, "Embargo de bienes gananciales por deudas de un cónyuge (Comentário a la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 29 de Abril de 1994, RAJ 2946)", *Anuário de Derecho Civil*, tomo XLIX, I, 1996, pp. 429-447.

ACONE, Modestino, "Spunti critici e ricostruttivi in tema di espropriazione dei beni della comunione legale coniugale", *Rassegna di diritto civile*, n.º 1, 1980, pp. 3-13.

AGALLOPOULOS, Pénélope, "La situation juridique des couples non-mariés selon le droit hellénique", *Revue Hellénique de Droit International*, anos 38.º e 39.º, 1985/1986, pp. 407-414.

ALAGNA, S./CICCARELLO, S./TOMMASINI, R., "La responsabilità per i debiti della famiglia", in AAVV, *Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, Napoli, Jovene Editore, 1975, pp. 191-208.

ALAGNA, Sergio, "Lo scioglimento della comunione legale: osservazioni e proposte", in AAVV, *Studi sulla riforma del diritto di famiglia*, sob a direcção de Ennio Russo, Milano, Giuffrè Editore, 1973, pp. 497-518.

---, "Il sistema della contribuzione ai bisogni della famiglia", *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto*, 2.ª ed., Milano, Giuffrè Editore, 1983, pp. 261-330.

---, "I cc.dd. effetti d'interesse bancario del nuovo regime patrimoniale della famiglia", *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto*, 2.ª ed., Milano, Giuffrè Editore, 1983, pp. 477-500.

---, *Regime patrimoniale della famiglia e operazioni bancarie*, Padova, Cedam, 1988.

---, "Famiglia di fatto e famiglia di diritto a confronto: spunti in tema di rapporti bancari", *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, ano XXX, n.º 1, 2001, pp. 281-301.

ALBALADEJO, Manuel, *Curso de Derecho Civil. Derecho de Familia*, vol. IV, 7.ª ed., Barcelona,

Bosch, 1996.

---, *Compendio de Derecho Civil*, 12.ª ed., Madrid, Edisofer s.l., 2004.

ALMEIDA, Geraldo da Cruz, *Da união de facto. Convivência more uxorio em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Pedro Ferreira Editor, 1999.

ALMEIDA, João Alcides de, "Dívidas incomunicáveis em razão de os cônjuges estarem separados de facto. Estipulação ilegal de juros em letras", *Scientia Iuridica*, tomo XV, 1966, pp. 492-500.

ALT-MAES, Françoise, "La situation de la concubine et de la femme marié dans le droit français", *RTDC*, ano 82.º, n.º 4, 1983, pp. 641-691.

ALVAREZ-CAPEROCHEPI, José A., *Curso de Derecho de Familia. Matrimonio y régimen económico*, tomo I, Madrid, Civitas, 1988.

ALVAREZ LATA, Natalia, "Las parejas de hecho: perspectiva jurisprudencial", *Derecho Privado y Constitución*, ano 6, n.º 12, 1998, pp. 7-68.

ALVAREZ OLALLA, M.ª Pilar, *Responsabilidad Patrimonial en el Régimen de Separación de Bienes*, Pamplona, Aranzadi, 1996.

ALVES, Raúl Guichard, *Alguns aspectos do instituto da representação no Código Civil de 1966*, policopiado, Porto, 1992.

AMORÓS GUARDIOLA, Manuel *et alii*, *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, vol. II, Madrid, Tecnos, 1984.

ANDRADE, Manuel de, "Sobre as disposições por morte a favor de terceiros, feitas por esposados na respectiva escritura antenupcial", *RLJ*, ano 69.º, 1936/37, pp. 305-338.

---, "Fontes de Direito. Vigência, interpretação e aplicação da lei", *BMJ*, n.º 102.º, 1961, pp. 141-152.

---, *Teoria Geral das Obrigações*, colab. Rui de Alarcão, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 1966.

---, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I, reimpressão, Coimbra, Almedina, 2003.

---, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, 7.ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 1992.

ANELLI, Franco, "L'amministrazione della comunione legale", in AAVV, *Trattato di Diritto di Famiglia de Paolo Zatti. Regime patrimoniale della famiglia*, Franco Anelli/Michele Sesta, vol. III, Milano, Giuffrè Editore, 2002, pp. 235-340.

ANGELONI, Franco, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, Cedam, 1997.

ANGIULI, Alessandra, "Preliminare di vendita di bene della comunione legale concluso da un solo coniugi e giudizio ex art. 2932 c.c.", *Giur. It.*, Junho, 2003, pp. 1150-1153.

ANTHERO, Adriano, *Comentário ao Código Commercial Portuguez*, vol. I, 2.ª ed., Porto, Companhia Portuguesa Editora, s.d.

ARECHEDERRA ARANZADI, Luis, "Matrimonio by cohabitation with habit and repute en Escocia, Outer House (Court of session) Dewar v. Dewar (17 agosto 1994)", in AAVV, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, sob a direcção de A. Cabanillas Sánchez, *et alii*, tomo III, Madrid, Civitas, 2003, pp. 4373-4393.

AREZ, Mário Corrêa, "Da responsabilidade nas dívidas para sustento dos concubinos", *Scientia Iuridica*, tomo VIII, 1959, pp. 238-242.

ARGIROFFI, Carlo, "Sull'annullabilità degli atti compiuti da un coniuge senza il necessario consenso

dell'altro (art. 184 C.C.)", *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, ano VI, 1977, pp. 823-844.

ASCARELLI, Tullio, *Obbligazioni pecuniarie. Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, sob a direção de Scialoja/Branca, livro IV, Bologna/Roma, Nicola Zanichelli Editore/Soc. Ed. del Foro Italiano, 1959.

ASCENSÃO, Oliveira, *Direito Civil. Sucessões*, 4.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1989.

ATTARDI, Aldo, "Aspetti processuali del nuovo diritto di famiglia", in AAVV, *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, sob a direção de Carraro/Oppo/Trabucchi, vol. I, tomo II, Padova, Cedam, 1977, pp. 943-1005.

---, "Profili processuali della comunione legale dei beni", *Rivista di Diritto Civile*, ano XXIV, I, 1978, pp. 25-51.

AUBRY/RAU, *Droit Civil français. Régimes matrimoniaux*, vol. VIII, 7.^a ed., Paris, Libraires Techniques, 1973.

AULETTA, Tommaso, "Comunione legale – amministrazione ordinaria e straordinaria – procura generale – esclusione. Comunione legale – procura a terzi – ammissibilità condizioni", in AAVV, *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia (discusse da vari giuristi e dedicate ad Alberto Trabucchi)*, Padova, Cedam, 1989, pp. 368-381.

---, "Il regime patrimoniale della famiglia e la comunione legale", in AAVV, *Casi e questioni di diritto privato – matrimonio e famiglia*, sob a direção de Mario Bessone, vol. III, 8.^a ed., Milano, Giuffrè Editore, 1997, pp. 236-318.

---, *Il diritto di famiglia*, 4.^a ed., Torino, G. Giappichelli Editore, 1997.

---, "Gli acquisti personali", in AAVV, *Trattato di diritto privato. Il diritto di famiglia*, sob a direção de Mario Bessone, vol. IV, tomo II, Torino, G. Giappichelli Editore, 1999, pp. 173-240.

AVILA ALVAREZ, Pedro, "El régimen económico matrimonial en la reforma del Código Civil", *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, 1981, pp. 1373-1405.

BACH, Louis, *Droit Civil. Régimes matrimoniaux*, Paris, Sirey, 1978.

BALESTRA, Luigi, *La famiglia di fatto*, Padova, Cedam, 2004.

BARBEROT, Christine, "Conséquences de l'application de l'article 1415 du code civil au cautionnement réel", *Recueil Dalloz*, ano 178.^o, n.^o 22, 2002, pp. 1780-1785.

BARBIERA, Lelio, "La comunione legale", in AAVV, *Trattato di diritto privato. Persona e famiglia*, sob a direção de Pietro Rescigno, vol. III, tomo II, 2.^a ed., Torino, UTET, 1996, pp. 435-642.

BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, *Responsabilidad de los bienes gananciales por las obligaciones extracontractuales de un cónyuge*, Valencia, Tirant lo blach, 2000.

BARLOW, Anne, *Cohabitants and the law*, London, Butterworths, 2001.

BÄRMANN, Johannes, "Das neue Ehegüterrecht", *Archiv für die Civilistische Praxis*, n.^o 157, 1958/1959, pp. 145-214.

BARONA, Francisco, "O contrato-promessa de partilha dos bens comuns do casal", in AAVV, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977. Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 399-458.

BARROS, Araújo, *Elementos de História do Direito Português*, Coimbra, Casa do Castelo – Editora, 1938.

BARTALENA, Andrea, "Inapplicabilità della presunzione muciana agli acquisti in regime di comunione legale", *Giurisprudenza Commerciale*, ano XI, 2, 1984, pp. 122-133.

BARTON, Chris, *Cohabitation Contracts*, England, Gower, 1985.

BAUDRY-LACANTINERIE/LE COURTOIS, J./SURVILLE, F., *Traité théorique et pratique de Droit Civil. Du contrat de mariage ou des régimes matrimoniaux*, vol. XVI, tomo I, 3.^a ed., Paris, Librairie de la Société du Recueil J.-B. Sirey et du Journal du Palais, 1906.

---, *Traité théorique et pratique de Droit Civil. Du contrat de mariage ou des régimes matrimoniaux*, vol. XVII, tomo II, 3.^a ed., Paris, Librairie de la Société du Recueil J.-B. Sirey et du Journal du Palais, 1906.

BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, *Zivilprozessordnung*, vol. I, 65.^a ed., München, C. H. Beck, 2007.

BAYOD LÓPEZ, María del Carmen, "Parejas no casadas, capítulos matrimoniales y normas de régimen económico matrimonial", *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, ano LXXI, n.º 626, 1995, pp. 129-153.

BEHMER, Rüdiger, "Ist die Gütergemeinschaft als Wahlgüterstand "obsolet"?", *FamRZ*, ano 35.º, n.º 4, 1988, pp. 339-349.

BEIGNIER, Bernard, "Preuve de la récompense due par la communauté: retour au droit et à l'équité", *Recueil Dalloz*, ano 179.º, n.º 9, 2003, pp. 575 e 576.

BEITZKE, Günther, *Familienrecht*, München/Berlin, Biederstein Verlag, 1947.

BEITZKE, Günther/LÜDERITZ, Alexander, *Familienrecht*, 26.^a ed., München, C. H. Beck, 1992.

BELEZA, M.^a Leonor Pizarro, *Direito da Família*, policopiado, AAFDL, Lisboa, 1979.

---, "Os efeitos do casamento", in AAVV, *Reforma do Código Civil*, Ordem dos Advogados, Lisboa, Livraria Petrony, 1981, pp. 91-135.

---, *Mulheres, Direito, Crime, ou a Perplexidade de Cassandra*, Lisboa, Faculdade de Direito, 1990.

BELLO JANEIRO, Domingo, "La legitimación pasiva ante deudas pretendidamente gananciales contraídas por uno de los cónyuges", *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, ano LXIX, n.º 617, 1993, pp. 1021-1092.

---, "Los acreedores y la modificación del régimen económico matrimonial", *Revista Juridica del Notariado*, Julho-Setembro, 1993, n.ºs 33-66.

---, "Responsabilidad con los bienes gananciales ante fianza prestada por uno de los cónyuges", *Actualidad Civil*, 1, n.ºs 7/15, 1993, pp. 117-147.

BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen López, *La liquidación de la sociedad de gananciales*, 2.^a ed., Valencia, Tirant lo blanch, 2002.

BÉNABENT, Alain, "La charge des loyers d'un logement occupé par un seul des époux", *Droit & Patrimoine*, n.º 34, 1996, p. 72.

---, *Droit civil. La famille*, 9.^a ed., Paris, Litec, 1998.

BENAVENTE MOREDA, Pilar, "La anotación de embargo sobre bienes gananciales. Estudio de algunos aspectos del artículo 144 del Reglamento Hipotecario", *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, ano LXXVI, n.º 657, 2000, pp. 777-856.

BENDITO CAÑIZARES, M. ^a Teresa, *Marido y mujer frente a las deudas del otro cónyuge: la*

tercería de dominio, Madrid, Tecnos, 1996.

BERNARDI, Giuseppe, "La responsabilità sussidiaria dei beni personale", in AAVV, *La comunione legale*, sob a direcção de C. M. Bianca, vol. II, Milano, Giuffrè Editore, 1989, pp. 777-793.

BEUDANT, Ch., *Cours de Droit Civil français. Le contrat de mariage et les régimes matrimoniaux*, tomo X, 2.^a ed., Paris, Rousseau et C.^a Editeurs, 1937.

BIANCA, C. Massimo, *Diritto civile. La famiglia. Le successioni*, vol. II, 2.^a ed., Milano, Giuffrè Editore, 1989.

---, "Gli atti di straordinaria amministrazione", in AAVV, *La comunione legale*, sob a direcção de C. M. Bianca, Milano, Giuffrè Editore, 1989, pp. 603-637.

BIGLIA, Maria Fortunata Lo Moro, *Lo scioglimento della comunione legale tra coniugi*, Padova, Cedam, 2000.

BILE, Franco, "La famiglia di fatto nella giurisprudenza della Corte di Cassazione", *Rivista di Diritto Civile*, ano XLII, n.º 6, 1996, pp. 641-650.

BIN, Marino, *Rapporti patrimoniale tra coniugi e principio di eguaglianza*, Memoria dell' Instituto Giuridico, Torino, G. Giappichelli Editore, s.d.

BLANDINO GARRIDO, M. ^a Amalia, *Régimen jurídico de las deudas tras la disolución de la sociedad de gananciales*, Valencia, Tirant lo blanch, 1999.

BLASCO GASCÓ, Francisco de P., "Modificación del Régimen Económico Matrimonial y perjuicio de terceros: la norma del artículo 1.317 CC.", *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLVI, n.º 2, 1993, pp. 599-641.

BLUTTNER, Peter, *Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft in Panama und anderen lateinamerikanischen Staaten*, Berlin, 1990.

BOULANGER, François, *Droit Civil de la Famille (aspects internes et internationaux)*, tomo I, 2.^a ed., Paris, Economica, 1992.

BOUSSOUGOU-BOU-MBINE, Farafina L., *La pénétration des idées communautaires dans les régimes séparatistes*, Paris, LGDJ, 1999.

BOUTARD, Jacques, *Les pouvoirs ménagers de la femme mariée*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1947.

BRÉMOND, Vincent, "Preuve de l'emploi des fonds propres donnant droit à récompense", *Recueil Dalloz*, ano 179.º, n.º 28, 2003, pp. 1866 e 1867.

BRIGANTI, Ernesto, "Procedura esecutiva e comunione legale", in AAVV, *La comunione legale - Problematiche e questioni a venticinque anni dalla riforma*, Milano, Giuffrè Editore, 2003, pp. 153-158.

BROMLEY, P. M., *Family Law*, 2.^a ed., London, Butterworths, 1962.

BRUDERMÜLLER, Gerd, "Schlüsselgewalt und Telefonsex", *NJW*, ano 57.º, n.º 32, 2004, pp. 2265-2270.

BRUSCUGLIA, L., "L'amministrazione dei beni della comunione legale", in AAVV, *Trattato di diritto privato. Il diritto di famiglia*, sob a direcção de Mario Bessone, vol. IV, tomo II, Torino, G. Giappichelli Editore, 1999, pp. 241-316.

---, "La responsabilità patrimoniale dei coniugi in comunione legale", in AAVV, *Trattato di diritto privato. Il diritto di famiglia*, sob a direcção de Mario Bessone, vol. IV, tomo II, Torino, G. Giappichelli

Editore, 1999, pp. 317-366.

BUSNELLI, Francesco Donato, "Comunione dei beni tra coniugi", *Enciclopedia del Diritto*, vol. VIII, Milano, Giuffrè Editore, 1961, pp. 264-277.

---, "La famiglia e l'arcipelago familiare", *Rivista di Diritto Civile*, ano XLVIII, n.º 4, 2002, pp. 509-529.

BUSNELLI, Francesco Donato/SANTILLI, Marina, "La famiglia di fatto", in AAVV, *Commentario al diritto italiano della famiglia*, sob a direcção de Cian/Oppo/Trabucchi, vol. VI, 1, Padova, Cedam, 1993, pp. 757-802.

BUSTOS GÓMEZ-RICO, Modesto de, "Las relaciones personales y económicas entre los integrantes de la unión de hecho y frente a terceros", in AAVV, *Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho*, sob a direcção de Xavier O'Callaghan, Madrid, Consejo General del poder judicial, 1998, pp. 419-493.

BUSTOS MORENO, Yolanda B., *Las deudas gananciales y sus reintegros*, Madrid, Dykinson, 2001.

CABANILLAS SANCHEZ, Antonio, "La contratación entre cónyuges", *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXVIII, n.º 3, 1985, pp. 505-584.

---, "La mutabilidad del régimen económico matrimonial", *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLVII, n.º 2, 1994, pp.115-235.

---, "Notas sobre la mutabilidad del régimen económico matrimonial, la responsabilidad de los bienes del matrimonio por las obligaciones contraídas por el conyuge comerciante y la protección de los acreedores", in AAVV, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, tomo I, Madrid, Civitas, 1996, pp. 489-512.

CABRILLAC, Michel/PÉTEL, Philippe, "Redressement et liquidation judiciaires des entreprises", *JCP* 1996.I.3960.

CABRILLAC, Rémy, "Les restrictions au droit de poursuite des créanciers dans le régime de la communauté légale", *Droit & Patrimoine*, n.º 51.º, 1997, pp. 56-59.

---, "Pas de contribution aux charges du ménage entre concubins: les règles des régimes matrimoniaux ne s'appliquent pas au concubinage", *Recueil Dalloz*, ano 177.º, n.º 6, 2001, pp. 497 e 498.

---, *Droit Civil. Les régimes matrimoniaux*, 4.ª ed., Paris, Montchrestien, 2002.

CADARSO PALAU, Juan, *Sociedad de gananciales y participaciones sociales*, Madrid, Tecnos, 1993.

CAEIRO, António, "Sobre a participação dos cônjuges em sociedades por quotas", Separata do número especial do *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra - Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia*, Coimbra, 1986.

CAMPI, Cesare Coltro, "Comunione legale e operazioni su titoli: considerazioni", *Banca borsa e titoli di credito*, ano XL, n.º 1, 1977, pp. 364-378.

CAMPOS, Abel de, "O marido pode responsabilizar por suas dívidas os mobiliários do casal", *Scientia Iuridica*, vol. VIII, 1959, pp. 395-398.

CAMPOS, Diogo Leite de, *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, Coimbra, Almedina, 1974.

---, *A invenção do direito matrimonial. A institucionalização do casamento*, Separata do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXII, Coimbra, 1995.

- , *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, 1997.
- CANARIS, Claus-Wilhelm, *Handelsgesetzbuch Großkommentar. Bankvertragsrecht*, vol. 3, 3, 2.^a ed., Berlin/New York, Walter de Gruyter, 1981.
- CANOTILHO, J. J. Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 3.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1993.
- CANTERO NÚÑEZ, Federico J., "Uniones de hecho", in AAVV, *Instituciones de Derecho Privado, Familia*, sob a direcção de Víctor M. Garrido de Palma, tomo IV, vol. I, Madrid, Civitas, 2001, pp. 269-488.
- CAPELO, M.^a José, "Pressupostos processuais gerais na acção executiva - A legitimidade e as regras da penhorabilidade", *Themis*, ano IV, n.º 7, 2003, pp. 79-104.
- , "O novo regime de execução das dívidas comuns fundadas em título diverso de sentença, à luz da nova redacção do artigo 825.º do Código de Processo Civil", *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 1, n.º 2, 2004, pp. 123-125.
- , "Ainda o artigo 825.º do Código de Processo Civil: o alcance e valor da declaração sobre a comunicabilidade da dívida", *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 3, n.º 5, 2006, pp. 57-63.
- CAPOLUONGO, F., "Il regime di separazione dei beni", in AAVV, *Manuale del nuovo Diritto di Famiglia*, sob a direcção de G. Cassano, 2.^a ed., Piacenza, Casa Editrice La Tribuna, 2003, pp. 719-740.
- CARAVAGLIOS, Raffaele, *La comunione legale*, tomos I e II, Milano, Giuffrè Editore, 1995.
- CARBONNIER, Jean, *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, Bordeaux, Imprimerie de l'Université Y. Cadoret, 1932.
- , *Droit civil. La famille, les incapacités*, vol. 2, 9.^a ed., Paris, Thémis, 1972.
- , *Droit Civil. La famille. L'enfant, le couple*, vol. 2, 20.^a ed., Paris, PUF, 1999.
- CARDOSO, A. Lopes, "Alguns aspectos das dívidas dos cônjuges no novo Código Civil", *Revista dos Tribunais*, ano 86.º, 1968, pp. 51-114.
- , *A Administração dos Bens do Casal*, Coimbra, Almedina, 1973.
- , "Alguns aspectos das dívidas comerciais dos cônjuges", *Revista dos Tribunais*, ano 95.º, 1977, pp. 401-422.
- , "Da responsabilidade dos cônjuges por dívidas comerciais", in AAVV, *Temas de Direito da Família*, Ciclo de Conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Coimbra, Almedina, 1986, pp. 165-208.
- CARDOSO, Eurico Lopes, *Manual dos incidentes da instância*, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, 1965.
- , *Manual da Acção Executiva*, 3.^a ed. (reimpressão), Coimbra, Almedina, 1992.
- CARDOSO, João António Lopes, *Partilhas Judiciais*, vol. II, Coimbra, Almedina, 1990.
- , *Partilhas Judiciais*, vol. III, 4.^a ed., Coimbra, Almedina, 1991.
- CARNEIRO, J. G. Sá, "Sociedades de cônjuges. Subsídios para a interpretação do art. 1714.º do Código Civil", *Revista dos Tribunais*, ano 86.º, 1968, pp. 291-306 e pp. 345-354.
- , "Anotação ao ac. RP, de 3 de Abril de 1970", *Revista dos Tribunais*, ano 89.º, 1970, pp. 277 e 278.
- , "Anotação ao ac. do STJ, de 4 de Janeiro de 1972", *Revista dos Tribunais*, ano 90.º, 1972, pp.

183-185.

---, “Os artigos 10.º e 15.º do Código Comercial e o novo Código Civil”, *Revista dos Tribunais*, ano 90.º, 1972 (pp. 339-344, pp. 392-399 e pp. 438-444), ano 91.º, 1973 (pp. 9-14, pp. 54-60, pp. 105-107, pp. 147-151, pp. 195-198, pp. 256-261, pp. 305-307, pp. 354-356, pp. 399-404 e pp. 435-439), e ano 92.º, 1974 (pp. 5-17).

CARPINO, Brunetto, “Rimborsi e restituzioni”, in AAVV, *La comunione legale*, sob a direcção de C.M. Bianca, tomo II, Milano, Giuffrè Editore, 1989, pp. 981-988.

CARRARO/OPPO/TRABUCCHI, *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, vol. I, tomos I e II, Padova, Cedam, 1977.

CARRESI, Franco “Del fondo patrimoniale”, in AAVV, *Commentario al diritto italiano della famiglia*, sob a direcção de Cian/Oppo/Trabucchi, vol. III, Padova, Cedam, 1992, pp. 343-361.

CARRO-WERNER, Cristina, *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft in der spanischen Rechtsordnung*, Hamburg, Verlag Dr. Kovač, 2003.

CARVALHO, Eduardo José da Silva, *As formas do regimen matrimonial. Communhão geral de bens*, vol. I, V.N. Famalicão, Typographia Minerva, 1893.

---, *As formas do regimen matrimonial. Da separação de bens e da simples comunhão de adquiridos*, vol. II, Coimbra, França Amado Editor, 1897.

CARVALHO, Orlando de, “Negócio jurídico indirecto (teoria geral)”, *Escritos. Páginas de Direito*, Coimbra, Almedina, 1998, pp. 31-164.

CARVALHO, Telma, “A união de facto: a sua eficácia jurídica”, in AAVV, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977. Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 221-255.

CASAD, Robert C., “Unmarried couples und unjust enrichment: from status to contract and back again”, *Michigan Law Review*, n.º 77, 1978-79, pp. 47-62.

CASANOVA, Salazar, “Tutela do direito à utilização da casa de morada de família”, *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 2, n.º 3, 2005, pp. 117-126.

CASTRO, Artur Anselmo de, *A acção executiva singular, comum e especial*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1973.

CASTRO, Artur A. de/NOGUEIRA, Mário M. Reymão, *História do Direito Português. Direitos de Família: casamento e regimes de bens*, Coimbra, Atlântida Editora, 1930.

CASTRO LUCINI, Francisco, *Temas de Derecho de Familia*, Madrid, Agisa, 1989.

CATALA, Pierre, “Les effets de la dépréciation monétaire sur les rapports juridiques contractuels en droit civil français”, *Famille et patrimoine*, Paris, Puf, 2000, pp. 43-66.

---, “Le pacte civil de solidarité. Critique de la raison médiatique”, *Famille et patrimoine*, Paris, Puf, 2000, pp. 249-256.

CATTANEO, G., “Note introduttive agli articoli 82-88 Nov.”, in AAVV, *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, sob a direcção de Carraro/Oppo/Trabucchi, vol. I, tomo I, Padova, Cedam, 1977, pp. 468-488.

---, “Del regime di separazione dei beni”, in AAVV, *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, sob a direcção de Carraro/Oppo/Trabucchi, vol. I, tomo I, Padova, Cedam, 1977, pp. 462-488.

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

CHABOT, Gérard, “Le cautionnement par actes séparés sous le régime de communauté légale”, *JCP* 1999.II.10202.

CHAMPENOIS-MARMIER, Marie-Pierre/FAUCHEUX, Madeleine, *Le mariage et l'argent*, Paris, PUF, 1982.

CHAMPION, Jean, *Régimes matrimoniaux et contrats de mariage*, 9.^a ed., Paris, Delmas, 1998.

CHAPUISAT, Françoise, “Vers une utilisation extensive de la subrogation réelle, a propos des lois du 13 juillet 1965 et 3 juillet 1971”, *RTDC*, ano 71.º, 1973, pp. 643-662.

CHARLIN, Jacques, “Le contrat de concubinage”, in AAVV, *Indépendance financière et communauté de vie*, Actes des journées d'études des 15 et 16 décembre 1988, Paris, LGDJ, 1989, pp. 97-108.

CHEVALLIER-DUMAS, Françoise, “La fraude dans les régimes matrimoniaux”, *RTDC*, ano 77.º, 1979, pp. 40-70.

CIAN, G., “Sulla pubblicità del regime patrimoniale della famiglia. Una revisione chesi impone”, *Rivista di Diritto Civile*, ano XXII, I, 1976, pp. 33-46.

---, "Introduzione. Sui presupposti storici e sui caratteri generali del Diritto di Famiglia riformato", in AAVV, *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, sob a direcção de Carraro/Oppo/Trabucchi, vol. I, tomo I, Padova, Cedam, 1977, pp. 23-63.

CIAN, G./OPPO, G./TRABUCCHI, A., *Commentario al diritto italiano della famiglia*, vol. III, Padova, Cedam, 1992.

---, *Commentario al diritto italiano della famiglia*, vol. VI, 1, Padova, Cedam, 1993.

CIAN, G./VILLANI, A., “La comunione dei beni tra coniugi (legale e convenzionali)”, *Rivista di Diritto Civile*, ano XXVI, I, 1980, pp. 337-412.

CID, Nuno de Salter, "União de facto e Direito: indecisão ou desorientação do legislador?", *Economia e Sociologia*, n.º 57.º, 1994, pp. 19-84.

---, *A protecção da casa de morada da família no direito português*, Coimbra, Almedina, 1996.

---, "Direitos Humanos e Família: quando os homossexuais querem casar", *Economia e Sociologia*, n.º 66, 1998, pp. 189-235.

---, *A comunhão de vida à margem do casamento: entre o facto e o direito*, Coimbra, Almedina, 2005.

CIPRIANO, M. ^a Rosaria, “Il denaro depositato da un coniugi in comunione legale”, *Giur. It.*, ano 135.º, 1983, pp. 7-12.

Code Civil, 100.^a ed., Dalloz, 2001.

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

---, *Direito de Família, Sumários das lições ao curso de 1966-1967*, policopiado, Coimbra, 1967.

---, *Obrigações – sumários das lições ao curso de 1966/67*, policopiado, Coimbra, 1967.

---, “O enriquecimento e o dano”, *RDES*, ano XV, 1968, pp. 315-369, e ano XVI, 1969, pp. 1-53.

---, *Curso de Direito de Família. Direito matrimonial*, vol. I, tomo 2, 2.^a ed., policopiado, Coimbra, Unitas, 1970.

---, *Curso de Direito da Família*, policopiado, Coimbra, 1986.

- , "Casamento e família no direito português", in AAVV, *Temas de Direito da Família*, Ciclo de Conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Coimbra, Almedina, 1986, pp. 1-29.
- , "Anotação ao ac. do STJ, de 10 de Maio de 1988", *RLJ*, ano 123.º, 1990/91, pp. 369-371.
- , *Direito das Sucessões*, Coimbra, ed. processada em computador, 1992.
- , "Casamento e divórcio no ensino de Manuel de Andrade e na legislação actual", Separata do *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. LXXVII, 2001.
- COELHO, F. M. Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
- COELHO, M.ª Ângela, "A limitação da responsabilidade do comerciante em nome individual", *Revista de Direito e Economia*, anos VI/VII, 1980/1981, pp. 3-48.
- COELHO, Pinto, *Direito de Família*, lições coligidas por José Lourenço Júnior, Lisboa, 1935.
- , "Anotação ao ac. do STJ, de 28 de Maio de 1963", *RLJ*, ano 97.º, 1964/65, pp. 6-12.
- COLIN, Ambroise/CAPITANT, Henri/JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Léon, *Précis de Droit Civil*, tomo III, 8.ª ed., Paris, Dalloz, 1950.
- COLOMER, A., *L'instabilité monétaire et les régimes matrimoniaux, le mal et ses remèdes*, Paris, Rousseau & C.ª, 1955.
- , "Communauté conjugale", *JCP* 1956.II.9579.
- , *Les régimes matrimoniaux et le droit commercial. Le fonds de commerce et les régimes matrimoniaux*, tomo I, Paris, Répertoire du Notariat Defrénois, 1977.
- , "La réforme de la réforme des régimes matrimoniaux ou: vingt ans après (premières réflexions sur la loi du 23 décembre 1985)", *Recueil Dalloz Sirey*, VII, 1986, pp. 49-58.
- , *Droit Civil. Régimes matrimoniaux*, 10.ª ed., Paris, Litec, 2000.
- COMANZO, Sylvie, "Situation des créanciers de l'époux in bonis en cas de redressement judiciaire du conjoint", *JCP- La Semaine Juridique notariale et immobilière*, n.º 8, 1998, pp. 279-284.
- CONTIN, Raphaël, "Les règlements en nature dans les partages matrimoniaux", *RTDC*, ano 75.º, 1977, pp. 435-482.
- CORDEIRO, António Menezes, *Direito das Obrigações*, vol. I, Lisboa, AAFDL, 1980.
- , *Direito das Obrigações*, vol. II, reimpressão, Lisboa, AAFDL, 1986.
- CORNU, Gérard, "Le contrat entre époux. Recherche d'un critère général de validité", *RTDC*, ano 51.º, 1953, pp. 461-493.
- , "La reforme des régimes matrimoniaux. Généralités. Le regime primaire impératif", *JCP* 1966.I.1968.
- , "La réforme des régimes matrimoniaux. Le pouvoir de la volonté des époux", *JCP* 1966.I.1997.
- , *Vocabulaire Juridique*, 6.ª ed., Paris, PUF, 1996.
- , *Les régimes matrimoniaux*, 9.ª ed., Paris, PUF, 1997.
- , *Droit Civil. La famille*, 8.ª ed., Montchrestien, LGDJ, 2003.
- CORRAL GIJÓN, M.ª del Carmen, "Las uniones de hecho y sus efectos patrimoniales (Parte 1.ª: Configuración del fenómeno)", *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, ano LXXVI, n.º 662, 2000, pp. 3325-3388.

- , "Las uniones de hecho y sus efectos patrimoniales. Parte 2.ª: Efectos patrimoniales", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ano LXXVII, n.º 664, 2001, pp. 559-622.
- CORREIA, Brito, *Direito Comercial. Sociedades Comerciais*, vol. II, 3.ª ed., Lisboa, AAFDL, 1997.
- CORREIA, Ferrer, "A procuração na teoria da representação voluntária", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XXIV, 1948, pp. 253-293, e *Estudos Jurídicos II - Direito Civil e Comercial e Direito Criminal*, XXXI, Coimbra, Atlântida Editora, 1969, pp. 1-32.
- , *Aditamento às lições de Direito Comercial (a mulher casada e o exercício do comércio)*, policopiado, coligido por Fernando José Bronze e revisto por António Caeiro, Coimbra, Unitas, 1971.
- , *Lições de Direito Comercial*, Lisboa, Lex, 1994.
- CORREIA, M. Pupo, *Direito Comercial*, 4.ª ed., Lisboa, SPB-Editores e Livreiros, Lda., 1996.
- CORSI, Francesco, *Il regime patrimoniale della famiglia*, tomo I, Milano, Giuffrè Editore, 1979.
- , "Comunione legale, scioglimento e presunzione muciana", *Giurisprudenza Commerciale*, ano X, 2, 1983, pp. 737-746.
- CORTE-REAL, Pamplona, *Direito da Família e das Sucessões. Relatório*, Suplemento da Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, Lex, 1995.
- COSPITE, "Della comunione legale", in AAVV, *Commentario breve al Codice Civile*, sob a direcção de Cian/Trabucchi, 4.ª ed., Padova, Cedam, 1992, pp. 272 e segs.
- , "Del regime di separazione dei beni", in AAVV, *Commentario breve al Codice Civile*, sob a direcção de Cian/Trabucchi, 5.ª ed., Padova, Cedam, 2001, pp. 268 e 269.
- COSSIO Y CORRAL, Alfonso, *Instituciones de Derecho Civil*, tomo II, Madrid, Civitas, 1988.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida, "Enquadramento histórico do Código Civil português", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. XXXVII, 1961, pp. 138-160.
- , *História do Direito Português*, 2.ª ed. (reimpressão), Coimbra, Almedina, 1995.
- , *Direito das Obrigações*, 9.ª ed., Coimbra, Almedina, 2001.
- COSTAS RODAL, Lucía, "Comentario a los arts. 1315 a 1324", in AAVV, *Comentarios al Código Civil*, sob a direcção de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Navarra, Aranzadi, 2001, pp. 1537-1551.
- COSTES, Jean-Louis, "La représentation dans la gestion d'une indivision", *JCP* 1985.I.3181.
- COSTI, "Impresa familiare e "rapporti com i terzi" nel nuovo diritto di famiglia", in AAVV, *Il nuovo Diritto di Famiglia*, sob a direcção de Claudio Delitala/Guilia Minoli, Milano, Giuffrè Editore, 1976, pp. 93-104.
- COURBE, Patrick, *Droit de la Famille*, 3.ª ed., Paris, Armand Colin, 2003.
- CRETNEY, Stephen, *Family Law*, 3.ª ed., London, Sweet & Maxwell, 1997.
- , *Family Law in the Twentieth Century. A History*, Oxford, University Press, 2003.
- CRETNEY, Stephen M./MASSON, J. M./BAILEY-HARRIS, R., *Principles of Family Law*, 6.ª ed., London, Sweet & Maxwell, 1997.
- , *Principles of Family Law*, 7.ª ed., London, Sweet & Maxwell, 2003.
- CRUZ, Guilherme Braga da, "Problemas relativos aos regimes de bens do casamento sobre que se julga necessário ouvir o parecer da comissão redactora do novo Código civil", *BMJ*, n.º 52.º, 1956, pp. 341-354.
- , "O problema do regime matrimonial de bens supletivo, no novo Código Civil português", *BMJ*, n.º

53.º, 1956, pp. 173-204.

---, "Regimes de bens do casamento. Disposições gerais. Anteprojecto dum capítulo do novo Código Civil (articulado e exposição de motivos)", *BMJ*, n.º 63.º, 1957, pp. 23-191.

---, "Capacidade patrimonial dos cônjuges. Anteprojecto de um título do futuro Código Civil (articulado e exposição dos motivos)", *BMJ*, n.º 69.º, 1957, pp. 353-429.

---, "Regimes de bens do casamento. Disposições gerais. Regimes de comunhão (disposições gerais e regime supletivo). Anteprojecto para o novo Código Civil", *BMJ*, n.º 122.º, 1963, pp. 205-222.

---, *Obras Esparsas*, vol. II, 1.ª parte, Coimbra, Coimbra Editora, 1981.

---, *Obras Esparsas*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 1984.

CRUZ, Sebastião, *Direito Romano (Ius Romanum)*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, 1984.

CUENA CASAS, Matilde, *La protección de los acreedores en el régimen económico matrimonial de separación de bienes (La llamada presunción muciana)*, Madrid, Dykinson, 1999.

CUNHA, Paulo, *Direito da Família* (lições coligidas por Raúl J. Rodrigues Ventura, R. L. Amaral Marques e Júlio M. Salcedas), vol. I, Lisboa, 1941.

CUTILLAS TORNS, José Maria, "La disolución de la sociedad legal de gananciales. Efectos jurídicos y posición de los acreedores frente a la misma", *La Ley*, n.º 2, 1991, pp. 1233-1243.

DAINO, Miranda Gionfrida, *La posizione dei creditori nella comunione legale tra coniugi*, Padova, Cedam, 1986.

DAMAS, Joaquim Augusto Domingues, "Dívidas comerciais dos cônjuges (reflexos familiares)", in AAVV, *As operações comerciais*, Coimbra, Almedina, 1988, pp. 183-239.

D'ANGELI, Fiorella, *La famiglia di fatto*, Milano, Giuffrè Editore, 1989.

DAUCHY, Pierre, "L'influence du droit civil sur le droit bancaire", *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, tomo XXXIX, 1986, pp. 1-48.

DE CUPIS, Adriano, "Indirizzo della vita familiare e responsabilità patrimoniale", *Rivista di Diritto Civile*, ano XXXI, II, 1985, pp. 1-8.

---, *Il Diritto di Famiglia*, Padova, Cedam, 1988.

DE FILIPPIS, Bruno, *Trattato Breve di Diritto di Famiglia*, Padova, Cedam, 2002.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ, Françoise, "PACS et famille. Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé", *RTDC*, n.º 3, 2001, pp. 529-546.

DELEURY, Edith, "Les contrats entre concubins au Québec et au Canada", in AAVV, *Indépendance financière et communauté de vie*, Actes des journées d'études des 15 et 16 décembre 1988, Paris, LGDJ, 1989, pp. 167-188.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, "Afianzamiento por un cónyuge y sociedad de gananciales", *Aranzadi Civil*, vol. II, 1995, pp. 5-40.

DELHAY, "Les comptes bancaires de la femme mariée", in AAVV, *Quelques aspects de la nouvelle situation de la femme mariée*, Paris, Puf, 1968, pp. 43-70.

DELMAS-MARTY, Mireille, *Le droit de la famille*, Paris, PUF, 1972.

DEMAIN, Bernard, *La liquidación de bienes en las uniones de hecho*, trad. de Jose Manuel Gonzalez Porras, Madrid, Editorial Reus, 1992.

DENECKER, Jean-Gabriel, *La théorie générale des récompenses et son application aux libéralités*

faites par les époux communs en biens, Lille, Duriez-Bataille, 1943.

DE PAOLA, Vincenzo, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale. Il regime patrimoniale della famiglia*, vol. II, Milano, Giuffrè Editore, 1995.

---, *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato. Il regime patrimoniale della famiglia*, 2.^a ed., Milano, Giuffrè Editore, 2002.

DE PAOLA, Vincenzo/MACRI, Antonio, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Milano, Giuffrè Editore, 1978.

DERNBURG, Heinrich, *Bürgerliches Recht. Deutsches Familienrecht*, 2.^a ed., s.l., Verlag der Buchhandlung des Waifenhaufes, 1903.

DERRIDA, Fernand, "La situation des créanciers personnels du conjoint du débiteur soumis a une procédure de redressement-liquidation judiciaires: bilan", *Defrénois*, ano 117.^o, n.º 1, 1997, pp. 353-357.

DESCHENAUX, Henri, *La nature juridique de la communauté de biens entre époux d'après les droits français, allemand et suisse*, Paris, Rousseau et C.^a Éditeurs, 1934.

DETHLOFF, N., "Die Eingetragene Lebenspartnerschaft - Ein neues familienrechtliches Institut", *NJW*, ano 54.^o, n.º 36, 2001, pp. 2598-2604.

DEWEVRE-FOURCADE, Mireille, *Le concubinage*, 2.^a ed., Paris, PUF, 1992.

DIAS, Cristina M. Araújo, "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 correção do regime actual)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

---, "Da acessão no âmbito da titularidade dos bens no regime de comunhão de adquiridos: bens adquiridos por virtude da titularidade de bens próprios", in AAVV, *Estudos em Comemoração do 10.^o Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 229-249.

---, "Processo de inventário, administração e disposição de bens (conta bancária) e compensações no momento da partilha dos bens do casal – comentário ao acórdão da Relação de Évora, de 21-2-2002 (*Col. Jurisp.*, XXVII, I, 2002, p. 274)", *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 1, n.º 2, 2004, pp. 111-122.

---, "Dissolução da união de facto", *Cadernos de Direito Privado*, n.º 11 (Julho/Setembro), 2005, pp. 63-80.

---, "A especialidade do consentimento conjugal na alienação de imóvel próprio", *Cadernos de Direito Privado*, n.º 15 (Julho/Setembro), 2006, pp. 62-72.

DÍAZ-AMBRONA BARDAJI, M.^a Dolores, "La responsabilidad de los cónyuges en el ejercicio de la potestad doméstica en el sistema del artículo 1319 del código civil", *Actualidad Civil*, 1, n.º 11, 1988, pp. 641-658.

DÍAZ-AMBRONA BARDAJI, M.^a Dolores/HENÁNDEZ GIL, Francisco, *Lecciones de Derecho de Familia*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1999.

DIEDERICHSEN, Uwe, "Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im Zivilrecht", *NJW*, ano 36.^o, n.º 19, 1983, pp. 1017-1026.

---, "Rechtsprobleme der nichtehelichen Lebensgemeinschaft", *FamRZ*, ano 35.º, n.º 9, 1988, pp. 889-897.

DÍEZ BALLESTEROS, Juan Alberto, *La empresa individual en el régimen de gananciales*, Madrid, Editorial Montecorvo, S.A., 1997.

DÍEZ-PICAZO, Luis/GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, vol. IV, 9.ª ed., Madrid, Tecnos, 2004.

DI MAJO, Adolfo, "Obbligazioni pecuniarie", in AAVV, *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXIX, Milano, Giuffrè Editore, 1979, pp. 222-298.

DI MARTINO, Patrizia, "Comunione legale, tutela dei creditori e azione revocatoria ordinaria", *Rassegna di diritto civile*, n.º 2, 1982, pp. 342-369.

---, "La comunione legale tra coniugi: la responsabilità", in AAVV, *Il Diritto di Famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia*, sob a direcção de G. Bonilini/G. Cattaneo, vol. II, Torino, Utet, 1997, pp. 210-241.

DI MARTINO, Patrizia/ROVERA, Sergio, "La comunione legale tra coniugi: l'amministrazione dei beni", in AAVV, *Il Diritto di Famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia*, sob a direcção de G. Bonilini/G. Cattaneo, vol. II, Torino, Utet, 1997, pp. 165-209.

DNES, Antony W., "Cohabitation and marriage", in AAVV, *The Law and Economics of Marriage and Divorce*, sob a direcção de Antony W. Dnes/Robert Rowthorn, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 118-131.

DOGLIOTTI, Massimo, "Diritti e doveri nascenti dal matrimonio", in AAVV, *Giurisprudenza del diritto di famiglia. Rapporti personali e patrimoniali tra coniugi, famiglia di fatto*, sob a direcção de Mario Bessone, vol. II, 4.ª ed., Milano, Giuffrè Editore, 1994, pp. 3-124.

---, "La comunione legale", in AAVV, *Giurisprudenza del diritto di famiglia. Rapporti personali e patrimoniali tra coniugi, famiglia di fatto*, sob a direcção de Mario Bessone, vol. II, 4.ª ed., Milano, Giuffrè Editore, 1994, pp. 163-329.

---, "Regime patrimoniale della famiglia", *Rivista di diritto civile*, ano XL, n.º 2, 1994, pp. 129-137.

DÖLLE, Hans, *Familienrecht*, Band I, s.l., C. F. Müller, 1964.

DOPFFEL, Peter/SCHERPE, Jens M., "Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaft im Recht der nordischen Länder", in AAVV, *Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften*, sob a direcção de Jürgen Basedow/Kaus J. Hopt/Hein Kötz/Peter Dopffel, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000, pp. 7-49.

DOPFFEL, Peter/KÖTZ, Hein/SCHERPE, Jens M., "Rechtsvergleichende Gesamtwürdigung und Empfehlung", in AAVV, *Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften*, sob a direcção de Jürgen Basedow/Kaus J. Hopt/Hein Kötz/Peter Dopffel, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000, pp. 391-423.

D'ORAZIO, Eliodoro, "Famiglia di fatto e Diritto di Famiglia *in fieri*", *Giur. Mer.*, ano XXVI, 1994, pp. 996-1002.

DÖRR, Claus, "Die Entwicklung des Familienrechts seit Ende 1990", *NJW*, ano 45.º, n.º 9, 1992, pp. 529-536.

D'ORS, Alvaro, *Elementos de Derecho Privado Romano*, Pamplona, Studium Generale, 1960.

DUPUIS, Michel, “Une institution dérogeant aux règles des régimes matrimoniaux: le compte bancaire joint”, *Recueil Dalloz Sirey*, VI, 1988, pp. 39-46.

EDWARDS, Lilian/GRIFFITHS, Anne, *Family Law*, Edinburgh, W. Green/Sweet & Maxwell, 1997.

EMANE, Augustin, “Les créances entre époux”, *JCP éd. N.*, Doctrine, 1994, pp. 309-314.

ENGLISH, Karl, *Introdução ao pensamento jurídico*, trad. de J. Baptista Machado, 6.^a ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

ENNECCERUS, Ludwig/KIPP, Theodor/WOLFF, Martin, *Lehrbuch des burgerlichen Rechts, Familienrecht*, trad. Blas Pérez González/José Castán Tobeñas, tomo IV, vol. I, 2.^a ed., Barcelona, Bosch, 1979.

ESTEVES, A. Matos, “Dívidas emergentes de títulos de crédito. O afastamento da moratória forçada”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 55.º, 1995, pp. 581-595.

ESTRADA ALONSO, Eduardo, *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil Español*, Madrid, Civitas, 1986.

ESTRUCH ESTRUCH, Jesus, “La liquidación de las relaciones patrimoniales en las uniones de hecho”, *Revista General de Derecho*, ano LIV, n.º 644, 1998, pp. 5369-5395.

FALZEA, Angelo, “Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia”, *Rivista di Diritto Civile*, ano XXIII, I, 1977, pp. 609-637.

---, “Problemi attuali della famiglia di fatto”, in AAVV, *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1988, pp. 51-54.

FARIA, Jorge Ribeiro de, *Direito das Obrigações*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1990.

---, *Direito das Obrigações*, vol. II, reimpressão, Coimbra, Almedina, 2001.

FENAUX, Henri, “Le changement de régime matrimonial et les droits des tiers”, *RTDC*, tomo 65.º, 1967, pp. 545-580.

FERNANDEZ, Elisabeth, “A nova tramitação inicial da acção executiva para pagamento de quantia certa e as alterações ao regime contido no artigo 825.º do Código de Processo Civil (breves notas)”, in AAVV, *Estudos em Comemoração do 10.º Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 599-612.

FERNÁNDEZ VILLA, José, “El pasivo de la sociedad de gananciales: en torno al art. 1.369 C.c.”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLVI, n.º 2, 1993, pp. 643-746.

FERRAND, Frédérique, *Droit privé allemand*, Paris, Dalloz, 1997.

---, “Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften in Frankreich”, in AAVV, *Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften*, sob a direcção de Jürgen Basedow/Kaus J. Hopt/Hein Kötz/Peter Dopffel, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000, pp. 113-140.

FERRANDO, G., “La famiglia di fatto”, in AAVV, *Casi e questioni di diritto privato. Matrimonio e famiglia*, sob a direcção de Mario Bessone, vol. III, 8.^a ed., Milano, Giuffrè Editore, 1997, pp. 52-88.

FERREIRA, Carmindo, “A sub-rogação real e os regimes matrimoniais”, *Jornal do Fôro*, ano 9.º, 1945, pp. 96-139, e ano 10.º, 1946, pp. 110-150.

FERREIRA, Fernando Amâncio, *Curso de Processo de Execução*, 5.^a ed., Coimbra, Almedina, 2003.

FERREIRA, José Dias, *Código Civil Português Anotado*, vol. II, 2.^a ed., Coimbra, Imprensa da Universidade, 1895.

FERRER VANRELL, María Pilar, "El "régimen económico" en la ley 18/2001, de 19 de Diciembre, de parejas estables, del Parlamento Balear", in AAVV, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 4597-4616.

FERRERES COMELLA, Victor, "El principio de igualdad y el "derecho a no casarse" (A proposito de la STC 222/92)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 14, n.º 42.º, 1994, pp. 163-196.

FINOCCHIARO, Mario, "Del regime patrimoniale della famiglia", in AAVV, *Nuova rassegna di giurisprudenza sul codice civile*, sob a direcção de Cesare Ruperto/Vittorio Sgroi, Milano, Giuffrè Editore, 1994, pp. 1329-1469.

FINOCCHIARO, A./FINOCCHIARO M., *Riforma del diritto di famiglia (commentario sistematico alla legge 19 maggio 1975, N.º 151)*, vol. I, Milano, Giuffrè Editore, 1975.

---, *Diritto di famiglia. Legislazione, dottrina e giurisprudenza*, vol. I, Milano, Giuffrè Editore, 1984.

FLOUR, Jacques/CHAMPENOIS, Gérard, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, Armand Colin, 1995.

FORCHIELLE, Paolo, "Comunione legale dei beni - scioglimento. Comunione legale dei beni - restituzioni", in AAVV, *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia (discusse da vari giuristi e dedicate ad Alberto Trabucchi)*, Padova, Cedam, 1989, pp. 363-366.

FOSAR BENLLOCH, Enrique, "Análisis de la Jurisprudencia española sobre las relaciones económicas en las uniones extramatrimoniales", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, ano CXXXII, n.º 3, tomo LXXXVI, 1983, pp. 219-284.

FRANK, Rainer, "The Status of Cohabitation in the Legal Systems of West Germany and Other West European Countries", *The American Journal of Comparative Law*, vol. XXXIII, n.º 2, 1985, pp. 185-207.

FRANZONI, Massimo, "I contratti tra conviventi "more uxorio"", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XLVIII, 1994, pp. 737-768.

FREITAS, J. Lebre de, *Direito Processual Civil*, vol. II, Lisboa, AAFDL, 1979.

---, *A acção executiva à luz do Código Revisto*, 2.ª ed., s.l., Coimbra Editora, 1997.

FREITAS, J. Lebre de/MENDES, Armindo Ribeiro, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. 3.º, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

FREITAS, J. Lebre de/REDINHA, João/PINTO, Rui, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. 1.º, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.

FREJAVILLE, Marcel, "Le compte de banque de la femme mariée dit "compte de ménage"", *JCP* 1943.I.364.

FRENISY, Anne-Marie, "La preuve de la propriété et des pouvoirs dans les régimes matrimoniaux depuis la loi du 13 juillet 1965", *RTDC*, ano 68.º, 1970, pp. 64-112.

FREYRIA, Charles, "Les moyens d'éviter, dans les contrats de mariage, les conséquences de la dépréciation de la monnaie", *RTDC*, ano 49.º, 1951, pp. 331-352.

F. TORRES, Teodora, "La administración de los bienes comunes en la sociedad de gananciales", *Revista de Derecho Privado*, tomo XLIX, 1985, pp. 723-764.

FURTADO, J. Pinto, *Código Comercial Anotado*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1975.

---, *Disposições Gerais do Código Comercial*, Coimbra, Almedina, 1984.

---, *Curso de Direito das Sociedades*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 1986.

---, "Dívidas comerciais ou dos comerciantes e executoriedade por dívidas dos cônjuges", *O Direito*,

anos 106.º-119.º, 1974-1987, pp. 35-73.

FUSARO, Andrea, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Padova, Cedam, 1990.

GABRIELLI, Giovanni, "Le autorizzazioni giudiziali nella disciplina dei rapporti patrimoniali tra coniugi", *Rivista di Diritto Civile*, ano XXII, I, 1981, pp. 27-54.

GABRIELLI, Giovanni/CUBEDDU, Maria Giovanna, *Il regime patrimoniali dei coniugi*, Milano, Giuffrè Editore, 1997.

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

GALGANO, Francesco, *Diritto civile e commerciale*, vol. IV, 3.ª ed., Padova, Cedam, 1999.

GARCÍA GARRIDO, Manuel, *Ivs vxorium. El régimen patrimonial de la mujer casada en derecho romano*, Roma-Madrid, Cuadernos del Instituto Jurídico Español, n.º 9, 1958.

GARCÍA-POSADA GÓMEZ, Elda, "El concepto de convivencia no matrimonial en Derecho español", *Anuario de Derecho Civil*, tomo LVI, n.º 3, 2003, pp. 1043-1195.

GARCÍA VICENTE, F., "Modificación del régimen económico del matrimonio: delito de alzamiento de bienes", in AAVV, sob a direcção de J. R. San Román Moreno, *Regimén económico matrimonial y la protección de acreedores*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995, pp. 391-425.

GARDEAZÁBAL DEL RÍO, Francisco Javier, "La sociedad de gananciales", in AAVV, *Instituciones de derecho privado. Familia*, sob a direcção de Víctor M. Garrido de Palma, tomo IV, vol. 2, Madrid, Civitas, 2002, pp. 19-275.

GARGANO, Arturo, "La pubblicità dei rapporti patrimoniali tra coniugi nel nuovo diritto di famiglia", *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, ano V, 1976, pp. 307-321.

GARRETT, João António Bahia de Almeida, "Dívidas comerciais", *Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique*, n.º 1 (Junho), 1998, pp. 49-72.

GARRIDO DE PALMA, Victor, "El matrimonio y su regimen economico", in AAVV, *El nuevo derecho de familia español*, Madrid, Reus, 1982, pp. 163-240.

---, "La economía de la familia. Las capitulaciones matrimoniales y el régimen económico matrimonial", in AAVV, *Instituciones de derecho privado. Familia*, sob a direcção de Víctor M. Garrido de Palma, tomo IV, vol. 2, Madrid, Civitas, 2002, pp. 199-268.

GARRIDO MELERO, Martín, *Derecho de Familia. Un análisis del Código de Familia y de la Ley de Uniones Estables de Pareja de Cataluña y su correlación con el Código Civil*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1999.

GAUDEMET-TALLON, Hélène, "La désunion du couple en Droit International Privé", *Recueil des Cours. Academie de Droit International*, tomo 226.º, I, 1991, pp. 9-280.

GAVIDIA SANCHEZ, Julio Vicente, *La atribución voluntaria de ganancialidad*, Madrid, Editorial Montecorvo, SA, 1986.

---, "La libertad de elección entre el matrimonio y la union libre", *Derecho Privado y Constitución*, ano 6, n.º 12, 1998, pp. 69-142.

---, "Las uniones libres en la Ley Foral Navarra de Parejas Estables", *Actualidad Civil*, 2, n.º 17, 2001, pp. 605-643.

GAZZONI, Francesco, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, Giuffrè Editore, 1983.

- GERALDES, António Santos Abrantes, "Títulos executivos", *Themis – Revista de Direito*, ano IV, n.º 7, 2003, pp. 35-66.
- , "Execução específica de contrato-promessa de compra e venda celebrado apenas por um dos cônjuges", *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 1, n.º 1, 2004, pp. 95-101.
- GERNHUBER, Joachim, "Geld und Güter beim Zugewinnausgleich", *FamRZ*, ano 31.º, n.º 11, 1984, pp. 1053-1062.
- GERNHUBER, Joachim/COESTER-WALTJEN, Dagmar, *Lehrbuch des Familienrechts*, 4.ª ed., München, C. H. Beck, 1994.
- , *Familienrecht*, 5.ª ed., München, C. H. Beck, 2006.
- GERSÃO, Eliana, "A igualdade jurídica dos cônjuges. A propósito do projecto de Código Civil", *RDES*, ano 13.º, 1966, pp. 25-64.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª del Carmen/YSÁS SOLANES, Maria/ SOLÉ RESINA, Judith, *Derecho de Familia*, Barcelona, Cálamo Producciones Editoriales, 2004.
- GIESEN, Dieter, *Familienrecht*, 2.ª ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 1997.
- GIMÉNEZ DUART, Tomás, "La organización económica del matrimonio tras la reforma de 13 de Mayo de 1981", *Revista de Derecho Notarial*, ano XXIX, n.ºs CXIII-CXIV, 1981, pp. 73-122.
- , "Cargas y obligaciones del matrimonio", *Revista de Derecho Privado*, Junho de 1982, pp. 542-555.
- , "La gestión de la comunidad de gananciales", *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXV, n.º 2, 1982, pp. 571-589.
- , "Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981", *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, ano LVIII, 1982, pp.117-144.
- GIUSTI, Alberto, "Parità ed autonomia tra i coniugi nell'amministrazione dei beni della comunione legale", *Rivista di Diritto Civile*, ano XXXIII, I, 1987, pp. 177-201.
- , *L'amministrazione dei beni della comunione legale*, Milano, Giuffrè Editore, 1989.
- GLENDON, Mary Ann, "Matrimonial property: a comparative study of law and social change", *Tulane Law Review*, vol. 49.º, 1974-75, pp. 21-83.
- , *The Transformation of Family Law. State, Law, and Family in the United States and Western Europe*, Chicago/London, The University of Chicago Press, 1989.
- GOMES, Catarina Sá, *O crime de maus tratos físicos e psíquicos infligidos ao cônjuge ou ao convivente em condições análogas às dos cônjuges*, Lisboa, AAFDL, 2002.
- GOMES, Júlio Manuel Vieira, "Modificação do regime matrimonial: algumas observações de direito comparado", *Revista do Notariado*, n.º 3 (Julho/Setembro), 1987, pp. 321-393, e n.º 4 (Outubro/Dezembro), 1987, pp. 475-555.
- , *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, Porto, Universidade Católica, 1998.
- GÓMEZ CALLE, Esther, "La Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho de la comunidade de Madrid", *Anuario de Derecho Civil*, tomo LVI, n.º 2, 2003, pp. 411-463.
- GONÇALVES, Luiz da Cunha. "A união livre em face da lei", *Gazeta da Relação de Lisboa*, ano 24.º, 1910, pp. 25-27, pp. 41-43, pp. 73 e 74 e pp. 97 e 98.

- , *Comentário ao Código Comercial Português*, vol. I, Lisboa, Empresa Editora J. B., 1914.
- , *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, vol. VI, Coimbra, Coimbra Editora, 1932.
- , *Tratado de Direito Civil, em comentário ao Código Civil Português*, vol. VII, Coimbra, Coimbra Editora, 1933.
- , *Direitos de Família e Direitos das Sucessões*, Lisboa, Edição Ática, 1955.
- GONZÁLEZ ACEBES, Begoña, "El régimen jurídico de la comunidad postganancial", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ano LXVIII, n.º 610.º, 1992, pp. 1181-1200.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J., "Régimen económico de gananciales (I)", in AAVV, *Curso de Derecho Civil. Derechos de Familia y Sucesiones*, sob a direcção de Francisco Javier Sánchez Calero, Valencia, Tirant lo blanch, 2004, pp. 189-213.
- , "Régimen económico de gananciales (II)", in AAVV, *Curso de Derecho Civil. Derechos de Familia y Sucesiones*, sob a direcção de Francisco Javier Sánchez Calero, Valencia, Tirant lo blanch, 2004, pp. 215-240.
- GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel, "El matrimonio y la familia en la sociedad actual", *Revista de Derecho Privado*, Março-Abril 2003, pp. 147-165.
- , "Parejas no casadas", in AAVV, *Curso de Derecho Civil. Derechos de Familia y Sucesiones*, sob a direcção de Francisco Javier Sánchez Calero, 3.ª ed., Valencia, Tirant lo blanch, 2004, pp. 259-279.
- GORDILLO CAÑAS, Antonio, "La protección de los terceros de buena fé en la reciente reforma del Derecho de Familia", *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXV, n.º 2, 1982, pp. 1111-1160.
- GORGONI, Marilena, "La separazione dei beni", in AAVV, *Trattato di diritto privato. Il diritto di famiglia*, sob a direcção de Mario Bessone, vol. IV, tomo II, Torino, G. Giappichelli Editore, 1999, pp. 518-571.
- GOSSELIN, Antoinette, "Sûretés entre époux", in AAVV, *Les contrats entre époux*, sob a direcção de Jean Louis Jeghers, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 311-348.
- GOUBEAUX, Gilles/VOIRIN, Pierre, *Droit Civil*, tomo II, 19.ª ed., Paris, LGDJ, 1997.
- , *Droit Civil*, tomo I, 28.ª ed., Paris, LGDJ, 2001.
- GRANDIDIER, Gilbert, "Liquidation du régime matrimonial et partage des biens à la suite du concubinage", in AAVV, *Le Droit de la Famille en Europe. Son evolution depuis l'Antiquité jusqu'à nos jours*, Actes des journées internationales d'Histoire du Droit, sob a direcção de Roland Ganghofer, Strasbourg, Press Universitaire de Strasbourg, 1992, pp. 765-771.
- GRASSO, Biagio, "Il regime in generale e il fondo patrimoniale", in AAVV, *Trattato di diritto privato. Persona e famiglia*, sob a direcção de Pietro Rescigno, vol. III, tomo II, 2.ª ed., Torino, UTET, 1996, pp. 401-434.
- , "Il regime della separazione dei beni", in AAVV, *Trattato di diritto privato. Persona e famiglia*, sob a direcção de Pietro Rescigno, vol. III, tomo II, 2.ª ed., Torino, UTET, 1996, pp. 653-658.
- GRASSO, Eduardo, "Comunione legale ed espropriazione della quota del coniugi personalmente obbligato", *Rivista di Diritto Civile*, ano XXXIV, I, 1988, pp. 395-407.
- GREGORY, John De Witt/SWISHER, Peter N./SCHEIBLE, Sheryl L., *Understanding Family Law*, USA, Matthew Bender, 1993.

- GRIMALDI, Michel, *et alii*, *Droit patrimonial de la famille*, Paris, Dalloz, 1998.
- GROFFIER, Ethel, "Les époux de fait dans le droit civil du Québec", in AAVV, *Marriage and cohabitation in Contemporary Societies*, sob a direcção de John M. Eekelaar/Sanford N. Katz, Toronto, Butterworths, 1980, pp. 235-244.
- GUCCIONE, Francesca, "Spunti in tema di comunione legale e responsabilità patrimoniale dei conuigi verso gli istituti di credito", *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, ano XII, 1983, pp. 778-785.
- GUGGENHEIM, Martin, "Family Law", in AAVV, *Fundamentals of American Law*, sob a direcção de Alan B. Morrison, New York University School of Law, Oxford University Press, 1996, pp. 397-424.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Valladolid, Lex Nova, 1991.
- , "La naturaleza de la actual sociedad de gananciales", *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLV, n.º 3, 1992, pp. 875-928.
- , *Defensa de los bienes y derechos gananciales y litisconsorcio pasivo necesario*, Madrid, Tecnos, 1994.
- , "Comentario al artículo 541", in AAVV, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, sob a direcção de Antonio María Lorca Navarrete, tomo III, Valladolid, Lex Nova, 2000, pp. 2556-2597.
- , "El embargo de bienes gananciales tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", in AAVV, *Il Derecho de Familia y Sucesiones y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2.ª ed., Valladolid, Lex Nova, 2003, pp. 43-110.
- , "La sociedad de gananciales: desde la comunidad germánica al caos liquidatorio", in AAVV, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, sob a direcção de A. Cabanillas Sánchez, *et alii*, tomo III, Madrid, Civitas, 2003, pp. 4683-4706.
- GUIMARÃES, Maria de Nazareth Lobato, "Alimentos", in AAVV, *Reforma do Código Civil*, Ordem dos Advogados, Lisboa, Livraria Petrony, 1981, pp. 169-217.
- HAEGELE, Karl, "GmbH und Verfügungsbeschränkungen der Zugewinnngemeinschaft", *GmbH-Rundschau*, ano 56.º, 1965, pp. 187-192.
- HARKE, Jan Dirk, "Schlüsselgewalt als Versionshaftung", *FamRZ*, ano 53.º, n.º 2, 2006, pp. 88-91.
- HAUSER, Jean, "Concubinage et pactes civils de solidarité", *RTDC*, n.º 2, 2000, pp. 297-299.
- , "Concubinage et pactes civils de solidarité", *RTDC*, n.º 1, 2001, pp. 111-113.
- , "Concubinage et pactes civils de solidarité", *RTDC*, n.º 3, 2001, pp. 565 e 566.
- HAUSER, J./HUET-WEILLER, D./ GHESTIN, J., *Traité de Droit Civil. La famille. Fondation et vie de la famille*, 2.ª ed., Paris, LGDJ, 1993.
- HAUSHEER/REUSSER/GEISER, *Berner Kommentar. Das Familienrecht*, II/1/3/1, Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1992.
- , *Berner Kommentar. Das Familienrecht*, II/1/3/2, Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1996.
- HAUSMANN, Rainer, *Nichteheliche Lebensgemeinschaften und Vermögensausgleich*, München, C. H. Beck, 1989.
- HÉMARD, M. Jean, "Les contrats a titre onéreux entre époux", *RTDC*, n.º 37, 1938, pp. 671-734.
- HERNÁNDEZ RUEDA, Nuria, *Régimen de responsabilidad por deudas privativas durante la vigencia de la sociedad de gananciales (Tras la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)*,

Madrid, Dykinson, 2002.

HIJAS FERNÁNDEZ, Eduardo, *Derecho de Familia. Doctrina sistematizada de la Audiencia de Madrid*, 2.ª ed., Valladolid, Lex Nova, 2001.

HÖRSTER, Heinrich Ewald, "A respeito da responsabilidade dos cônjuges (ou: A doutrina da "fragilidade da garantia" será válida?)", *Scientia Iuridica*, tomo XLIV, n.º 253/255, 1995, pp. 113-124.

---, *A Parte Geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, 2.ª ed., reimpressão, Coimbra, Almedina, 2000.

---, "Há necessidade de legislar em matéria de união de facto?", in AAVV, *Direito da Família e Política Social*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2001, pp. 65-72.

---, "Evoluções legislativas no Direito da Família depois da reforma de 1977", in AAVV, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977. Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 59-74.

HUBERT, Michel, "Observations sur la nature et la validité de la clause d'échelle mobile", *RTDC*, ano 45.º, 1947, pp. 1-32.

HUET-WEILLER, Danièle, "Rapports pécuniaires des concubins avec les tiers", in AAVV, *Indépendance financière et communauté de vie*, Actes des journées d'études des 15 et 16 décembre 1988, Paris, LGDJ, 1989, pp. 127-137.

IEVA, Marco, "L'ambito applicativo dell'art. 192, comma 3.º, c.c.", *Rivista del Notariato*, ano XXXVIII, II, 1984, pp. 253-256.

INGINO, Giovanni, "Gli effetti dello scioglimento della comunione legale sui rapporti patrimoniali tra coniugi anteriormente alla divisione", *Quadrimestre – Rivista di Diritto Privato*, n.º 2, 1989, pp. 317-337.

IRTI, Natalino, "Della comunione convenzionale", in AAVV, *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, sob a direcção de Carraro/Oppo/Trabucchi, vol. I, tomo I, Padova, Cedam, 1977, pp. 453-461.

JAGERT, Uwe, "Deliktsrechtliche Betrachtungen zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft aus der sicht des Deutschen und des Italienischen Rechts", *Rebels Zeitschrift*, ano 53.º, n.º 4, 1989, pp. 718-728.

JANNARELLI, Antonio, "Lavoro nella famiglia, lavoro nell'impresa familiare e famiglia di fatto", *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, ano V, 1976, pp. 1831-1844.

---, "Impresa e società nel nuovo diritto di famiglia", *For. it.*, ano CII, V, 1977, pp. 265-284.

JANNELLI, "L'amministrazione dei beni della comunione legale", in AAVV, *Manuale del nuovo Diritto di Famiglia*, sob a direcção de G. Cassano, 2.ª ed., Piacenza, Casa Editrice La Tribuna, 2003, pp. 575-607.

JESTAZ, Philippe, "Réflexions finales sur les personnes, la famille, les régimes matrimoniaux, les successions et les libertés", in AAVV, *Le Code Civil (1804-2004). Livre du Bicentenaire*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 435-452.

JULIEN, Pierre, *Les contrats entre époux*, Paris, LGDJ, 1962.

JUSTO, António dos Santos, "Relações patrimoniais entre cônjuges: do Direito Romano ao Direito Português", Separata da *Lusíada*, n.º 2, 2005.

KUHNMUNCH, Olivier, "L'incidence de la dépréciation monétaire sur le patrimoine familial", in AAVV, *Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée*, sob a direcção de Paul Durand, Paris, LGDJ, 1961, pp. 191-252.

LABBÉE, Xavier, "PACS *Hominibus...* ou l'infidélité entre homosexuels", *Recueil Dalloz*, ano 179.º, n.º 8, 2003, pp. 515-518.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *La potestad domestica de la mujer casada*, Barcelona, Ediciones Nauta, 1963.

---, "La reforma del régimen económico del matrimonio", *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXII, n.º 1, 1979, pp. 343-369.

---, "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.

LACRUZ BERDEJO, José Luis/SANCHO REBULLIDA, *et alii*, *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Familia*, vol. II, 3.ª ed., Barcelona, Bosch, 1989.

---, *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Vol. IV, 4.ª ed., Barcelona, Bosch, 1997.

---, *Elementos de Derecho Civil. Familia*, vol. IV, 2.ª ed., Madrid, Dykinson, 2005.

LAMBOLEY, Annie/LAURENS-LAMBOLEY, Marie-Hélène, *Travaux dirigés de droit des régimes matrimoniaux*, 3.ª ed., Paris, Litec, 2002.

---, *Droit des régimes matrimoniaux*, 3.ª ed., Paris, Litec, 2004.

LANGENFELD, Gerrit, *Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen*, 4.ª ed., München, C. H. Beck, 2000.

LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, tradução de José Lamego, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, s.d.

LASARTE, Carlos, *Principios de Derecho Civil. Derecho de Familia*, vol. VI, 3.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2002.

LAURENT, Jean-Charles, "Enrichissement sans cause - note sous Pau, 1.º ch., 23 janvier 1961", *JCP* 1961.II.12207.

LE GUIDEDEC, Raymond, "Note sous Cass. com., 19 mai 1982", *JCP* 1985.II.20335.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *O enriquecimento sem causa no direito civil (estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto, face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa)*, Lisboa, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, 1996.

LEMOULAND, Jean-Jacques, "Mariage. Concubinage. Pacs", *Recueil Dalloz*, ano 178.º, n.º 7, 2002, pp. 611-616.

---, "Mariage. Concubinage. Pacte civil de solidarité", *Recueil Dalloz*, ano 179.º, n.º 29, 2003, pp. 1935-1942.

LEROY, Jacques, "Perspectives sur le devenir du régime de la séparation de biens", *RTDC*, 1983, pp. 31-80.

LEVENEUR, Laurent, "Les dangers du contrat d'union civile ou sociale", *JCP* 1997.50.4069.

LÉVY, "Clauses d'échelle mobile et prêts d'argent", *JCP* 1950.I.840.

LIEB, Manfred, *Die Ehegattenmitarbeit im Spannungsfeld zwischen Rechtsgeschäft, Bereicherungsausgleich und gesetzlichem Güterstand*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1970.

LIÉNARD-LIGNY, Monique, "Les régimes matrimoniaux en droit allemand depuis la loi du 18 juin 1957", *Annales de la Faculté de Droit de Liège*, ano 7.º, n.º 1, 1962, pp. 351-380.

LIGUORI, Bruno/DISTASO, Nicola/SANTOSUOSSO, Fernando, *Commentario del Codice Civile. Disposizioni sulla legge in generale. Delle persone e della famiglia*, vol. I, tomo 1, Torino, Utet, 1966.

LIKILIMBA, Guy-Auguste, "Mariage et dettes ménagères", *Recueil Dalloz*, ano 180.º, n.º 40, 2004, pp. 2886-2889.

LIMA, Pires de, "Anotação ao ac. do STJ, de 17 de Maio de 1940", *RLJ*, ano 73.º, 1940/41, pp. 280-285.

---, "Natureza do regime dotal", *RLJ*, ano 74.º, 1941/42, pp. 5-9.

---, "Atribuição da administração dos bens do casal à mulher na ausência do marido (notas a um acórdão)", *RLJ*, ano 76.º, 1943/44, pp. 337-340 e pp. 353-356.

---, "Anotação ao ac. da RC, de 12 de Dezembro de 1944", *RLJ*, ano 78.º, 1945/46, pp. 253-255.

---, "Administração da mulher casada imposta por terceiros", *RLJ*, ano 78.º, 1945/46, pp. 278-281.

---, "Anteprojecto de dois títulos do novo Código Civil referente às relações pessoais entre os cônjuges e à sua capacidade patrimonial", *BMJ*, n.º 56.º, 1956, pp. 5-25.

---, "Anotação ao ac. do STJ, de 28 de Janeiro de 1955", *RLJ*, ano 88.º, 1955/56, pp. 189-192.

---, "Anotação ao ac. do STJ, de 8 de Fevereiro de 1957", *RLJ*, ano 90.º, 1957/58, pp. 195-202.

---, "Anotação ao ac. do STJ, de 30 de Maio de 1961", *RLJ*, ano 95.º, 1962/63, pp. 53-57.

---, "Anotação ao ac. do STJ, de 24 de Junho de 1966", *RLJ*, ano 100.º, 1967/68, pp. 6-10.

---, "Anotação ao ac. do STJ, de 6 de Dezembro de 1966", *RLJ*, ano 100.º, 1967/68, pp. 243-245.

---, "Anotação ao ac. do STJ, de 6 de Janeiro de 1967", *RLJ*, ano 100.º, 1967/68, pp. 245-247.

---, "Anotação ao ac. do STJ, de 6 de Fevereiro de 1968", *RLJ*, ano 102.º, 1969/70, pp. 13-16.

LIMA, Pires de/CRUZ, Braga da, *Direitos de Família*, vol. II, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1953.

LIMA, Pires de/VARELA, João de Matos Antunes, *Noções fundamentais de Direito Civil*, vol. I, 6.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1973.

---, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1987.

---, *Código Civil Anotado*, vol. II, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1997.

---, *Código Civil Anotado*, vol. IV, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1992.

---, *Código Civil Anotado*, vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

LIPP, Martin, *Examens-Repetitorium, Familienrecht*, Heidelberg, C.F. Müller, 2001.

LLEDÓ YAGÜE, Francisco *et alii*, *Compendio de Derecho Civil. Familia*, Madrid, Dykinson, 2004.

LLOPIS GINER, Juan Manuel *et alii*, *Curso Básico de Derecho de Familia*, Valencia, Editorial Práctica de Derecho, 2000.

LOBO, Mário Tavarela, "Temas Jurídicos. Discussão e soluções no novo Código Civil", *RDES*, ano XVI, n.º 1-2, 1969, pp. 269-372.

LOPES, José Joaquim Almeida, "A união de facto no direito português", *Revista Española de Derecho Canonico*, n.º 50, 1993, pp. 243-250.

LÓPEZ, A./MONTÉS, V.L./ROCA, E., *et alii*, *Derecho de Familia*, sob a direcção de E. Roca i Trías, 3.ª ed., Valencia, Tirant lo blanch, 1997.

LÓPEZ AZCONA, Aurora, *La ruptura de las parejas de hecho, Análisis comparado legislativo y jurisprudencial*, Navarra, Aranzadi, 2002.

LÓPEZ LIZ, José, "Adquisición, administración y disposición de bienes inmuebles en la sociedad conyugal", *Revista Jurídica de Catalunya*, ano LXXXVIII, n.º 3, 1989, pp. 575-613.

---, *Bienes inmuebles y sociedad conyugal*, Barcelona, Bosch, 1998.

LÓPEZ PÉREZ, Jerónimo, "Aspectos externo e interno de responsabilidad en la sociedad de gananciales: interés del acreedor y de los cónyuges", *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLVI, n.º 2, 1993, pp. 747-763.

LÓPEZ SÁNCHEZ, Manuel-Ángel, "La empresa mercantil y la sociedad de gananciales tras la ley de 13-5-1981", *Revista Jurídica de Catalunya*, ano LXXXII, n.º 1, 1983, pp. 585-617.

LUCET, Frédéric/VAREILLE, Bernard, "Régimes matrimoniaux", *RTDC*, ano 92.º, n.º 1, 1993, pp. 180-189.

---, *Droit civil. Régimes matrimoniaux, libéralités, successions*, 2.ª ed., Paris, Dalloz, 1997.

LÜDERITZ, Alexander/DETHLOFF, Nina, *Familienrecht*, 28.ª ed., München, C. H. Beck, 2007.

LUPETTI, Marcello Claudio, "Rifiuto del coacquisto: è il tramonto di un'epoca", *Rivista del Notariato*, vol. LVII, n.º 2 (Março-Abril), 2003, pp. 416-428.

MACHADO, J. Baptista, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 1992.

---, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 6.ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 1993.

MAGALHÃES, Barbosa de, "Anotação ao ac. do STJ, de 6 de Março de 1951", *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 11.º, n.ºs 3 e 4, 1951, pp. 364-378.

---, "Responsabilidade dos bens dotais extinto o ónus, por débitos contraídos pela mulher na constância do matrimónio", *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 19.º, 1959, pp. 116-126.

MAGARIÑOS BLANCO, Victorio, "Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores", 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. 47-115.

MAGGIORE, Giuseppe Ragusa, "Famiglia di fatto e impresa familiare", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XXXVI, n.º 1, 1982, pp. 18-40.

---, "Acquisto di beni mobili nell'interesse della famiglia ed esclusione della solidarietà nel debito", *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*, ano LXVII, n.º 2, 1992, pp. 207-213.

MAIOLI, Carmen del Bagno, "Dovere di contribuzione e solidarietà fra i coniugi", *Rassegna di diritto civile*, n.º 2, 1984, pp. 474-481.

MALAGÚ, Luca, "L'espropriazione forzata dei beni della comunione legale coniugale", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XXXI, n.º 2, 1977, pp. 764-792.

MALAURIE, Philippe, "Mariage et concubinage en droit français contemporain", *Archives de Philosophie du Droit*, n.º 20, 1975, pp. 17-28.

MALAURIE, Philippe/AYNÉS, Laurent, *Droit Civil. La famille*, Paris, Éditions Cujas, 1987.

---, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, Defrénois, 2004.

MANRIQUE PLAZA, Javier, "Responsabilidad por deudas en la sociedad de gananciales", in AAVV, *Academia Sevillana del Notariado*, Editorial Revista de Derecho Privado, 1989, pp. 13-38.

MARIANI, E., "L'impresa familiare", in AAVV, *Manuale del nuovo Diritto di Famiglia*, sob a direção de G. Cassano, 2.ª ed., Piacenza, Casa Editrice La Tribuna, 2003, pp. 769-797.

MARTIN, Didier, *Le conjoint de l'artisan ou du commerçant (Statu professionnel, fiscal, social, matrimonial et successoral)*, Paris, Sirey, 1984.

MARTÍN CASALS, Miquel, "Las parejas de hecho en el derecho europeo: realidades, variantes y perspectivas", in AAVV, *Puntos capitales de Derecho de Familia en su dimensión internacional*, Asociación Española de Abogados de Familia, Madrid, Dykinson, 1999, pp. 163-208.

MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa, *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, Madrid, McGraw-Hill, 1995.

MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis, *El nuevo derecho de familia (Filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio)*, tomo I, 3.ª ed., Madrid, 1983.

---, "Comentario al art. 1319", in AAVV, *Comentario del Código Civil*, sob a direcção de Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, tomo 7, Barcelona, Bosch, 2000, pp. 19-23.

MARTÍNEZ CORTÉS, "El régimen económico de separación de bienes", in AAVV, *Instituciones de Derecho Privado, Familia*, sob a direcção de Víctor M. Garrido de Palma, tomo IV, vol. 2, Madrid, Civitas, 2002, pp. 277-421.

MARTÍNEZ GIJÓN, José, "El regimen economico del matrimonio y el processo de redacción de los textos de la familia del Fuero de Cuenca", *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo XXIX, 1959, pp. 45-151.

MARTINS, José Mendes, *Dívidas commerciaes dos cônjuges*, Coimbra, França Amado Editor, 1894.

MARTINS, Júlio Augusto, "Regimens matrimoniaes", *Revista dos Tribunais*, ano 41.º, 1922/1923, pp. 193-197.

MARTY, Gabriel/RAYNAUD, Pierre, *Droit Civil. Les régimes matrimoniaux*, 2.ª ed., Paris, Sirey, 1986.

MARTY-SCHMIDT, Helen, *La situation patrimoniale des concubins à la fin de l'union libre. Étude des droits suisse, français et allemand*, Genève, Librairie Droz, 1986.

MAS BADÍA, M.ª Dolores, *La tercera de dominio ante el embargo de bienes gananciales*, Valencia, Tirant lo blanch, 1999.

MASTROPAOLO, F., "Del regime patrimoniale della famiglia. Commento all'art. 184", in AAVV, *Commentario al diritto italiano della famiglia*, sob a direcção de Cian/Oppo/Trabucchi, vol. III, Padova, Cedam, 1992, pp. 197-228.

MASTROPAOLO, F./PITTER, P., "Del regime patrimoniale della famiglia. Commento all'art. 186.º", in AAVV, *Commentario al diritto italiano della famiglia*, sob a direcção de Cian/Oppo/Trabucchi, vol. III, Padova, Cedam, 1992, pp. 230-254.

MATA PALLARES, Francisco, "Deuda y responsabilidad en la contratación de persona casada", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXV, 1959, pp. 327-353.

MATOS, Albino de, "União de facto e liberalidades", *Temas de Direito Notarial*, Coimbra, Almedina, 1992, pp. 106-139.

MAYAUX, Luc, "Les contrats des concubins", in AAVV, *Les concubinages – approche socio-juridique*, sob a direcção de Jacqueline Rubellin-Devichi, tomo II, Paris, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1986, pp. 25-54.

MAZEAUD, Henri, *et alii, Leçons de Droit Civil. Régimes matrimoniaux*, vol. I, tomo IV, 5.ª ed.,

Paris, Montchrestien, 1982.

---, *Leçons de Droit Civil. La famille*, vol. III, tomo I, 7.^a ed., Paris, Montchrestien, 1995.

MEALHA, Esperança Pereira, *Acordos conjugais para partilha dos bens comuns*, Coimbra, Almedina, 2004.

MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Bérengère, “Les mécanismes juridiques de mise en commun des avoirs du couple”, in AAVV, *Différenciation ou convergence des statuts juridiques du couple marié et du couple non marié? Droit belge et français*, sob a direcção de Jean Hauser/Jean Louis Renchon, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2005, pp. 439-464.

MENDES, João de Castro, “Breve nota sobre o valor actual do art. 10.º do Código Comercial”, *Revista dos Tribunais*, ano 90.º, 1972, pp. 291-294.

---, “O consentimento do cônjuge na constituição de obrigações”, *Direito e Justiça*, vol. II, 1981/86, pp. 23-31.

---, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, Lisboa, AAFDL, 1995.

---, *Direito da Família*, Lisboa, AAFDL, 1997.

MENDIETA JARAMILLO, Luz Myriam, “Relaciones patrimoniales en la unión familiar de hecho”, *Actualidad Civil*, 1, n.º 16, 1990, pp. 197-214.

MERÊA, Paulo, *Evolução dos Regimes Matrimoniais*, vols. I e II, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1913.

---, “Estudos sôbre a história dos regimes matrimoniais”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ano XVIII, 1942, pp. 71-98.

---, “Estudos sôbre a história dos regimes matrimoniais”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ano XIX, 1943, pp. 398-408.

MERINO GUTIÉRREZ, Arturo, “El embargo de los bienes de los cónyuges”, in AAVV, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, sob a direcção de A. Cabanillas Sanchez, et alii, Madrid, Civitas, 2003, pp. 4799-4834.

MERZBACHER, Friedrich, “Die Zugewinnngemeinschaft. Eine wiederentdeckte Institution des ehelichen güterrechts”, *Archiv für die Civilistische Praxis*, n.º 156.º, 1957, pp. 1-28.

MESA MARRERO, Carolina, *Las Uniones de Hecho. Análisis de las Relaciones Económicas y sus Efectos*, 2.^a ed., Navarra, Aranzadi, 2000.

MESQUITA, António Pedro Pinto de, “Sociedades de cônjuges”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 3.º, 1943, pp. 217-221.

MESSINEO, *La natura giuridica della comunione coniugale dei beni*, Roma, Athenaeum, 1920.

MESSORI, Enrico, “Comunione legale tra coniugi e diritto personali di godimento”, *Archivio giuridico Filippo Serafini*, n.º 202, 1 (Março), 1982, pp. 101-121.

MICHAUX, Stéphanie, “Lés mécanismes de correction des déséquilibres patrimoniaux lors de la rupture du couple”, in AAVV, *Différenciation ou convergence des statuts juridiques du couple marié et du couple non marié? Droit belge et français*, sob a direcção de Jean Hauser/Jean Louis Renchon, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2005, pp. 202-244.

MILAN, Giandomenico, “Convivenza “more uxorio” e ordinamento giuridico”, *Rassegna di Diritto Civile*, n.º 1, 1981, pp. 135-154.

- Ministério da Justiça, *Projecto de Código Civil*, Lisboa, Imprensa Nacional de Lisboa, 1966.
- MINNECI, Ugo, “Responsabilità patrimoniale dei coniugi in regime di comunione legale”, in AAVV, *Trattato di Diritto di Famiglia de Paolo Zatti. Regime patrimoniale della famiglia*, Franco Anelli/Michele Sesta, vol. III, Milano, Giuffrè Editore, 2002, pp. 341-378.
- MIRALLES GONZÁLEZ, Isabel, "El deber de contribución a las cargas del matrimonio", *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 3, 1987, pp. 583-615.
- MONCADA, Cabral de, *Estudos de História do Direito*, vol. I, Coimbra, Acta Universitatis Conimbricensis, 1948.
- MONÉGER, J., "L'emprunt contracté par un époux pour l'entretien du ménage et l'éducation des enfants", *Recueil Dalloz Sirey*, chr., XXVIII, 1975, pp. 165-170.
- , “Le mandat apparent d’un époux de vendre un immeuble dependant de la communauté (à propos de l’arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 14 décembre 1976)”, *JCP* 1979.I.137.
- MONFORT FERRERO, María Jesús, *La Responsabilidad de los Cónyuges ante las Necesidades Ordinarias de la Familia*, Navarra, Aranzadi, 2004.
- MONTANIER, Jean-Claude, *Les régimes matrimoniaux*, 4.^a ed., Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 2003.
- MONTEIRO, António Pinto, "Inflação e direito civil", in AAVV, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer-Correia. Número especial do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. II, Coimbra, 1989, pp. 871-907.
- MONTEIRO, Evelyne, "A propos des revenus des biens propres des époux dans le régime légal", *RTDC*, n.º 1, 1998, pp. 23-41.
- MONTERO AROCA, Juan, *Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales (La aplicación práctica del artículo 95 del Código Civil y de los artículos 806 a 810 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)*, Valencia, Tirant lo blanch, 2002.
- MORA MATEO, J. E., “Publicidad de las capitulaciones de cambio del régimen económico matrimonial”, in AAVV, *Regimén económico matrimonial y la protección de acreedores*, sob a direcção de J. R. San Román Moreno, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995, pp. 213-276.
- MORALEJO IMBERNÓN, Nieves, “Comentarios a los artículos 1344 a 1410”, in AAVV, *Comentarios al Código Civil*, sob a direcção de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Navarra, Aranzadi, 2001, pp.1565-1633.
- MOREIRA, Guilherme A., “Anotação ao ac. da RP, de 27 de Novembro de 1917”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ano V, 1918-1920, pp. 229-251.
- MORELLI, Mario Rosario, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Padova, Cedam, 1996.
- MORIN, Georges, “Examen de quelques problèmes que souleve en pratique la nouvelle théorie des récompenses”, *Deffrénois*, ano 91.º, n.º 2, 1971, I, art. 29769, pp. 1-19.
- MORNA, Gonçalo, "Casamento & Dinheiro", *Público*, Suplemento de Economia, 18 de Fevereiro de 2002, p. 28.
- MÖSCHL, Edith, *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft*, Wien, Orac, 1998.
- MOTA, Helena, "O problema normativo da família. Breve reflexão a propósito das medidas de protecção à união de facto adoptadas pela Lei n.º 135/99, de 28 de Agosto", in AAVV, *Estudos em*

Comemoração dos cinco anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Porto, Coimbra Editora, 2001, pp. 535-562.

MOULY, Jean, "Licenciement, par un époux en instance de divorce, de son employée de maison et solidarité ménagère", *Recueil Dalloz*, ano 181.º, n.º 36, 2005, pp. 2509-2512.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Familienrecht, sob a direcção de Kurt Rebmann/Franz Jürgen Säcker, vol. 7, I, 3.ª ed., München, C. H. Beck, 1993.

Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, sob a direcção de Gerhard Lücke/Peter Wax, vol. 2, 2.ª ed., München, C.H. Beck, 2000.

---, vol. 3, 2.ª ed., München, C.H. Beck, 2001.

MUÑIZ GOÑI, Miguel López, *La ejecución de sentencias em materia matrimonial. Guía práctica y jurisprudencia*, 5.ª ed., Madrid, Editorial Colix, 1997.

---, *Las uniones paramatrimoniales ante los procesos de familia (guía práctica y jurisprudencia)*, 2.ª ed., Madrid, Editorial Colex, 1997.

MUÑOZ DE DIOS, Gerardo, "Régimen económico en las uniones extramatrimoniales", *La Ley*, n.º 2, 1987, pp. 1163-1167.

MUÑOZ-PLANAS, José María, *Cuentas bancarias con varios titulares*, Madrid, Civitas, 1993.

NASCIMENTO, José Augusto do, *Lições de Direito Civil. Relações de Família e Sucessões*, de acordo com as lições de Pires de Lima, Coimbra, Casa do Castelo, 1931.

NASCIMENTO, Paulo Sobral Soares do, "Embargos de terceiro deduzidos pelo cônjuge do executado com fundamento em penhora de bem comum do casal – anotação ao ac. do STJ, de 9.6.2005", *Cadernos de Direito Privado*, n.º 18 (Abril/Junho), 2007, pp. 16-28.

NATUCCI, Alessandro, "Gli atti di amministrazione straordinaria del coniuge in regime di comunione legale", *Quadrimestre – Rivista di Diritto Privato*, n.º 1, 1988, pp. 117-146.

NAUROIS, Louis de, "Les sociétés entre concubins", *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, ano LXXVII, tomo LVII, 1937, pp. 657-716.

NAVAS NAVARRO, Susana, *El régimen de separación de bienes y la protección de los terceros (Análisis de los artículos 1.441 y 1.442 del Código civil)*, Valencia, Tirant lo blanch, 1996.

NERSON, M. Roger, "Personnes et droits de famille", *Revue de Droit Civil*, 1980, pp. 343-354.

---, "Les couples non-mariés en France", in AAVV, *Marriage and cohabitation in Contemporary Societies*, sob a direcção de John M. Eekelaar/Sanford N. Katz, Toronto, Butterworths, 1980, pp. 198-211.

NEUMAYER, Karl, *Die Kombination von Vermögenstrennung und vermögensteilhabe im Ehehlichen Güterrecht*, Berlin/Tübingen, Walter de Gruyter & CO./J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1954.

NOIR-MASNATA, Catherine, *Les effets patrimoniaux du concubinage et leur influence sur le devoir d'entretien entre époux séparés*, Genève, Librairie Droz, 1982.

OBERTO, Giacomo, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, Giuffrè Editore, 1991.

---, *Il Codice Civile Commentario. Il regime di separazione dei beni tra coniugi*, Milano, Giuffrè Editore, 2005.

OCAÑA RODRÍGUEZ, Antonio, *Deudas y sociedad de gananciales. Su proyección práctica en los procesos civil y penal*, 2.ª ed., Madrid, Editorial Colex, 1997.

O'HOSKI, John J., "The legal recognition of domestic contracts: the experience of Ontario", in AAVV, *Marriage and cohabitation in Contemporary Societies*, sob a direcção de John M. Eekelaar/Sanford N. Katz, Toronto, Butterworths, 1980, pp. 228-234.

OLAVO, Fernando, *Direito Comercial*, vol. I, 2.^a ed., Lisboa, 1970.

OLIVEIRA, Guilherme de, "Sobre o contrato-promessa de partilha dos bens comuns - anotação ao ac. da RC, de 28 de Novembro de 1995", *RLJ*, ano 129.^o, 1996/1997, pp. 274-288.

---, "A Reforma do Direito da Família de Macau", *RLJ*, ano 132.^o, 1999, pp. 103-109.

---, "Queremos amar-nos... mas não sabemos como!", *RLJ*, ano 133.^o, 2000, pp. 41-47.

---, "Compensações devidas pelo pagamento de dívidas do casal – anotação ao ac. da RL, de 8 de Julho de 1999", *RLJ*, ano 133.^o, 2000, pp. 91-94.

---, "Um direito da família europeu? (Play it again, and again... Europe!)", *RLJ*, ano 133.^o, 2000, pp. 105-111.

---, "Necessidade do consentimento do cônjuge do empresário para a alienação de imóveis que se integrem no objecto da empresa", *Colect. Jurisp.*, tomo I, 2001, pp. 5 e 6.

---, *Temas de Direito da Família*, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

---, "Bem adquirido num sorteio; comunhão de adquiridos, separação de facto e divórcio – anotação ao ac. da RL, de 9 de Janeiro de 2000", *RLJ*, ano 133.^o, 2002, pp. 348-351.

---, "Transformações do Direito da Família", in AAVV, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977. Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 763-779.

---, "Dois numa só carne", *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 2, n.^o 3, 2005, pp. 5-12.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, *Direito das Obrigações*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2005.

OPPO, Giorgio, "Responsabilità patrimoniale e nuovo diritto di famiglia", *Rivista di Diritto Civile*, ano XXII, I, 1976, pp. 105-128.

---, "Dell'impresa familiare", in AAVV, *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, sob a direcção de Carraro/Oppo/Trabucchi, vol. I, tomo I, Padova, Cedam, 1977, pp. 489-521.

---, "Acquisti alla comunione coniugale e pregiudizio dei creditori personali", *Rivista di Diritto Civile*, ano XXVII, I, 1981, pp. 137-159.

---, "Regimi patrimoniali della famiglia e fallimento del coniuge", *Rivista di Diritto Civile*, ano XXXIV, I, 1988, pp. 43-58.

---, *Persona e famiglia*, vol. V, Milano, Cedam, 1992.

PAILLUSSEAU, Jean, "Le passif de la communauté légale", in AAVV, *Quelques aspects de la nouvelle situation de la femme mariée*, Paris, Puf, 1968, pp. 1-41.

PAIS, Sofia Oliveira/SOUSA, António Frada de, "A união de facto e as uniões registadas de pessoas do mesmo sexo - uma análise de direito material e conflitual", *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 59.^o, II, 1999, pp. 693-752.

PAIVA, Adriano, "Regimes de bens", in AAVV, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977. Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 381-397.

PALADINI, M., "Scioglimento della comunione legale e divisione dei beni", in AAVV, *Trattato di Diritto Privato. Il Diritto di famiglia*, sob a direção de Mario Bessone, vol. IV, tomo II, Torino, G. Giappichelli Editore, 1999, pp. 367-456.

PALANDT/BRUDERMÜLLER, *Bürgerliches Gesetzbuch*, vol. 7, 66.^a ed., München, C. H. Beck, 2007.

PALERMO, Gianfranco, "Obbligazioni solidali nell'interesse della famiglia?", *Rivista del Notariato*, ano XXXIII, I, 1979, pp. 488 e segs.

PANICO, Giampiero, "Sull'esperibilità dell'azione di ingiustificato arricchimento nel caso di cessazione della convivenza *more uxorio*", *Giur. It.*, ano 149.^o, IV, 1997, pp. 255-267.

PANTALEÓN PRIETO, A. Fernando, "La autorregulación de la unión libre", *Poder Judicial*, n.º 4, 1986, pp. 119-125.

PARENTE, Ferdinando, "La responsabilità sussidiaria dei beni della comunione legale per debiti personali", *Giur. It.*, ano 140.^o, I, 2, 1988, pp. 823-830.

---, "I parametri della parziarietà e della sussidiarietà nell'adempimento delle obbligazioni contratte congiuntamente dai coniugi", *Giur. It.*, n.º 10, Outubro, 2002, pp. 1866-1870.

PASTOR ÁLVAREZ, M.^a del Carmen, *El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio*, Murcia, Universidad de Murcia, Marcial Pons, 1998.

PATARIN, J./MORIN, G., *La réforme des régimes matrimoniaux. Statut fondamental et régime légal*, tomo I, 4.^a ed., Paris, Répertoire du Notariat Defrénois, 1977.

PATTI, Salvatore, "Il declino della *imunity doctrine* nei rapporti familiari", *Rivista di Diritto Civile*, ano XXVII, I, 1981, pp. 378-414.

---, "Cento anni del Codice Civile tedesco: il Diritto di Famiglia", *Rivista di Diritto Civile*, ano XLIII, n.º 5, 1997, pp. 677-690.

---, "Cento anni del Codice Civile tedesco: il Diritto di Famiglia", in AAVV, *Studi in onore di Pietro Rescigno. Diritto Privato*, vol. II, tomo I, Milano, Giuffrè Editore, 1998, pp. 677-693.

---, *Diritto privato. Introduzione - La famiglia - Le successioni*, Milano, Giuffrè Editore, 1999.

---, "Cento anni del Codice Civile tedesco: il Diritto di Famiglia", in AAVV, *I cento anni del codice civile tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana. Atti del convegno di Ferrara 26-28 Settembre 1996*, Padova, Cedam, 2002, pp. 583-599.

PEDAMON, Michel, *Les incidences de la réforme monétaire de 1948 sur le droit interne des obligations en Allemagne occidentale*, Paris, LGDJ, 1956.

PEREGO, Eurico, "Se, in regime di separazione dei beni, un coniugi risponde per le obbligazioni contratte dall'altro nell'interesse della famiglia", *Rassegna di diritto civile*, n.º 2, 1987, pp. 351-360.

---, "Separazione legale dei beni - obbligazione contratta da un coniuge - ammissibilità - responsabilità dell'altro - esclusione", in AAVV, *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia (discusse da vari giuristi e dedicate ad Alberto Trabucchi)*, Padova, Cedam, 1989, pp. 405-414.

PEREIRA, Carlos Mathias, "Da responsabilidade pelas dívidas que o marido contrahir sem consentimento da mulher", *O Direito*, ano 4.^o, 1872, pp. 98-100.

PEREIRA, Joel Timóteo Ramos, "Dívidas hipotecárias de ex-cônjuge: extinguem-se ou permanecem após a partilha?", in <http://www.verbojuridico.net>.

- , "União de facto: cessada, como se repartem os bens?", in <http://www.verbojuridico.com>
- , "Contrato de abertura de conta – constitui título executivo?", in <http://www.verbojuridico.com>.
- PEREIRA, Manuel Gonçalves, "Ausência (Anteprojecto para o novo Código Civil)", *BMJ*, n.º 105.º, 1961, pp. 281-391.
- , "Regimes convencionais. Anteprojecto para o novo Código Civil", *BMJ*, n.º 122.º, 1963, pp. 223-372.
- PEREZ-BUSTAMANTE, Rogelio, "La communauté de biens en histoire du droit espagnol", in AAVV, *Le Droit de la Famille en Europe. Son évolution depuis l'Antiquité jusqu'à nos jours*, sob a direcção de Roland Ganghofer, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1982, pp. 541-555.
- PÉREZ VALLEJO, Ana María, *Autorregulación en la convivencia de hecho (a propósito de las recientes disposiciones prelegislativas y legislativas tendencialmente más dispositivas)*, Almería, Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, 2000.
- PÉTEL, Philippe, "Note sous Cass. com., 19 janvier 1993", *JCP* 1993.II.22056.
- PICCALUGA, Federico, "Favor communionis ed acquisto di beni con denaro personale", *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, ano XXXI, n.s 2-3, 2002, pp. 340-342.
- PICHONNAZ, Pascal, "Le partenariat enregistré: sa nature et ses effets", *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, n.º 4, I, 2004, pp. 389-433.
- PICOITO, Carlos da Costa, *Da situação jurídica da mulher casada no campo do direito privado*, Faro, Tip. União, 1961.
- PILLEBOUT, Jean-François, *Le PACS. Pacte Civil de Solidarité*, Paris, Litec, 2000.
- PIMENTA, Alberto, *Sociedades entre cônjuges*, Coimbra, Coimbra Editora, 1953.
- PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Altas Duarte, *O núcleo intangível da comunhão conjugal. Os deveres conjugais sexuais*, Coimbra, Almedina, 2004.
- , *Direito da Família e das Sucessões*, vol. I, 2.ª ed., Lisboa, AAFDL, 2005.
- PINO, Augusto, *Il Diritto di Famiglia*, Padova, Cedam, 1977.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª ed., 8.ª reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 1993.
- PINTO, Fernando Brandão Ferreira, *Causas do divórcio*, Coimbra, Almedina, 1980.
- PINTO, Rui, *A Penhora por Dívidas dos Cônjuges*, Lisboa, Lex, 1993.
- , *Penhora, Venda e Pagamento*, Lisboa, Lex, 2003.
- , *A acção executiva depois da reforma*, Conselho Distrital de Lisboa, Lisboa, JVS, 2004.
- PITA, Manuel António, "Execução por dívidas dos cônjuges. Processo ordinário para pagamento de quantia certa. Alguns aspectos", in AAVV, *Ab Vno Ad Omnes – 75 anos da Coimbra Editora*, organização de Antunes Varela/D. Freitas do Amaral/Jorge Miranda/J. J. Gomes Canotilho, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp. 811-844.
- PITÃO, França, *Unões de Facto e Economia Comum (Comentário crítico às Leis n.ºs 6/2001 e 7/2001, ambas de 11.05)*, Coimbra, Almedina, 2002.
- , "Os novos casamentos ou a crise do casamento tradicional no direito português", in AAVV, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977. Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 175-219.

- PLANCK, *Bürgerliches Gesetzbuch. Familienrecht*, vol. IV, 1.^a e 2.^a ed., Berlin, F. Guttentag, 1901.
- PLANIOL, Marcel/RIPERT, Georges, *Traité pratique de Droit Civil français. Régimes matrimoniaux*, vol. VIII, parte I, Paris, LGDJ, 1925.
- , *Traité pratique de Droit Civil français. Régimes matrimoniaux*, vol. IX, parte II, Paris, LGDJ, 1927.
- , *Traité élémentaire de Droit Civil*, tomo III, 10.^a ed., Paris, Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1927.
- POIRIER, Donald, *La famille*, Canada, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1998.
- PONSARD, A., "L'étendue de la solidarité ménagère des époux", in AAVV, *Indépendance financière et communauté de vie*, Actes des journées d'études des 15 et 16 décembre 1988, Paris, LGDJ, 1989, pp. 21-37.
- PORZIO, Mario, "Debiti personali del coniuge ed espropriazione dei beni in comunione legale", *Diritto e Giurisprudenza*, ano 102.^o, vol. XLIII, 1987, pp. 809-815.
- PRAGER, Susan Westerberg, "Sharing principles and the future of marital property law", *UCLA Law Review*, vol. 25, n.º 3, 1978, pp. 1-22.
- PROENÇA, J. J. Gonçalves, *Direito da Família*, 3.^a ed., Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2004.
- PROSPERI, Francesco, *La famiglia non "fondata sul matrimonio"*, Camerino, Edizioni Scientifiche Italiane, 1980.
- , "Convivenza "more uxorio" e tutela della famiglia legittima: i limiti della rilevanza della "famiglia di fatto"", *Rassegna di Diritto Civile*, n.º 1, 1981, pp. 177-188.
- , *Sulla natura della comunione legale*, Camerino, Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino, Edizioni Scientifiche Italiane, 1983.
- , "A proposito di una recente monografia in tema di "famiglia di fatto"", *Rassegna di Diritto Civile*, n.º 1, 1984, pp. 190-206.
- PROTHAIS, Alain, "Dettes ménagères des concubins: solidaires, *in solidum*, indivisibles ou conjointes? (après l'arrêt Civ. 1.^{re}, 11 janv. 1984)", *Recueil Dalloz Sirey*, chr. XLII, n.ºs 35.^o e 36.^o, 1987, pp. 237-249.
- , "Les rapports pécuniaires des concubins entre eux ou le droit commun palliant l'imprévoyance", in AAVV, *Indépendance financière et communauté de vie*, Actes des journées d'études des 15 et 16 décembre 1988, Paris, LGDJ, 1989, pp. 139-153.
- , "Le droit commun palliant l'imprévoyance des concubins dans leurs relations pécuniaires entre eux", *JCP* 1990.I.3440.
- PUIG BRUTAU, José, "Terceria de dominio sobre bienes gananciales", *Revista de Derecho Privado*, tomo XLVII, 1963, pp. 419-435.
- QUADRI, Enrico, "Le obbligazioni pecuniarie", in AAVV, *Trattato di diritto privato*, sob a direcção de Pietro Rescigno, vol. IX, tomo I, Torino, Utet, 1984, pp. 469-484.
- , "Obblighi gravanti sui beni della comunione", in AAVV, *La comunione legale*, sob a direcção de C. M. Bianca, tomo II, Milano, Giuffrè Editore, 1989, pp. 741-776.
- , "Della comunione convenzionale", in AAVV, *Commentario al diritto italiano della famiglia*, sob a direcção de Cian/Oppo/Trabucchi, vol. III, Padova, Cedam, 1992, pp. 390-415.

RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, Madrid, Tecnos, 1987.

RALHA, Eduardo, "Podem penhorar-se bens mobiliários comuns para pagamento de dívidas de natureza civil, próprias do marido?", *Revista dos Tribunais*, ano 60.º, 1942, pp. 178 e 179.

RAMS ALBESA, Joaquín J., *La sociedad de gananciales*, Madrid, Tecnos, 1992.

RAUCENT, Léon, *Droit patrimonial de la famille. Les régimes matrimoniaux*, 3.ª ed., Louvain-La-Neuve, Cabay, Libraire-éditeur, 1986.

---, "L'expérience belge d'une réforme des régimes matrimoniaux", in AAVV, *Indépendance financière et communauté de vie*, Actes des journées d'études des 15 et 16 décembre 1988, Paris, LGDJ, 1989, pp. 77-91.

RAUSCHER, Thomas, *Familienrecht*, Heidelberg, C.F. Müller, 2001.

Recueil Dalloz, "Communauté entre époux", ano 178.º, n.º 21, 2002, pp. 1731 e 1732.

---, "Communauté entre époux", ano 179.º, n.º 6, 2003, pp. 398 e 399.

---, "Pas de solidarité présumée en cas de concubinage", ano 180.º, n.º 20, 2004, pp. 1429 e 1430.

---, "La promesse d'hypothèque n'est pas une hypothèque: elle n'en a ni les avantages ni les inconvénients", ano 178.º, n.º 26, 2002, p. 2119.

REGO, Carlos Lopes do, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Coimbra, Almedina, 1999.

REINA, Víctor/MARTINELL, Josep María, *Curso de derecho matrimonial*, Madrid, Marcial Pons, 1995.

---, *Las uniones matrimoniales de hecho*, Madrid, Marcial Pons, 1996.

REIS, J. Alberto dos, *Execução por Dívidas dos Cônjuges*, Coimbra, Coimbra Editora, 1931.

---, "Anotação ao assento do STJ, de 9 de Abril de 1935", *RLJ*, ano 68.º, 1935/36, pp. 13 e 14.

---, "Código de Processo Civil (dúvidas e questões)", *RLJ*, ano 73.º, 1940, pp. 113-116 e pp. 257-262.

---, "Se a penhora dá direito de preferência. Se está sujeita a registo a penhora do direito e acção de um cônjuge à meação do casal", *RLJ*, ano 74.º, 1941/42, pp. 193-200 e pp. 209-214.

---, "Anotação ao ac. da RC, de 16 de Janeiro de 1943", *RLJ*, ano 76.º, 1943/44, pp. 171-175.

---, "Anotação ao ac. do STJ, de 17 de Maio de 1946", *RLJ*, ano 79.º, 1946/47, pp. 205-208.

---, "Anotação ao ac. da RL, de 15 de Janeiro de 1947", *RLJ*, ano 80.º, 1947/48, pp. 383 e 384.

---, "Anotação ao ac. do STJ, de 18 de Abril de 1947", *RLJ*, ano 81.º, 1948/49, pp. 23-31.

---, "Anotação ao ac. do STJ, de 6 de Março de 1951", *RLJ*, ano 84.º, 1951/52, pp. 149-152.

---, *RLJ*, ano 88.º, 1955/56, pp. 87-90.

---, *Comentário ao Código de Processo Civil*, vol. 1, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1960.

---, *Processo de Execução*, vol. I, 3.ª ed. (reimpressão), Coimbra, Coimbra Editora, 1985.

---, *Processo de Execução*, vol. II, reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 1985.

---, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. III, 3.ª ed. 1950, reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

RENAULD, Jean, *Droit patrimonial de la famille*, vol. I, Bruxelles, 1971.

RENCHON, J.-L., "L'avènement du mariage homosexuel dans le Code Civil belge", *Revue de Droit international et de Droit comparé*, ano 81.º, 2.º trimestre, 2004, pp. 169-207.

Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 11.º, 1878/1879, pp. 423-427.

---, ano 14.º, 1880/81, pp. 242 e 243.

---, ano 26.º, 1893/94, pp. 104-108.

---, ano 88.º, 1955/56, pp. 87-90.

RIBERA BLANES, Begoña, *La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004.

RIBERA PONT, M.ª Consuelo, "La atribución de ganancialidad del artículo 1.355 del Código Civil", *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, ano LVI, 1983, pp. 1413-1434.

RICCA, Lucio, "Gli atti di amministrazione nel regime patrimoniale della famiglia", in AAVV, *Studi sulla riforma del diritto di famiglia*, sob a direcção de Ennio Russo, Milano, Giuffrè Editore, 1973, pp. 463-495.

RIEG, Alfred, "La participation aux acquêts en Allemagne et en France: deux visages d'une même institution", in AAVV, *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1978, pp. 921-946.

---, "Traits fondamentaux de l'évolution du droit des régimes matrimoniaux dans l'Europe du XXe siècle", in AAVV, *Le Droit de la Famille en Europe. Son evolution depuis l'antiquité jusqu'à nos jours*, sob a direcção de Roland Ganghofer, Actes des journées internationales d'Histoire du Droit, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992, pp. 425-430.

RIEG, Alfred/LOTZ, François, *Technique des régimes matrimoniaux*, 2.ª ed., Paris, Litec, 1984.

ROBINNE, Sébastien, "La situation des créanciers hypothécaires de l'époux *in bonis* en cas de liquidation judiciaire du conjoint: suite et fin?", *Droit & Patrimoine*, n.º 81.º, 2000, pp. 38-41.

ROCHA, Coelho da, *Instituições de Direito Civil Portuguez*, 8.ª ed., tomo I, Lisboa, Livraria Clássica Editora, 1917.

ROCHA GARCÍA, Ernesto, *Disolución y Liquidación de las comunidades de bienes. Comunidades de bienes en uniones de hecho extramatrimoniales. Sociedades civiles, mercantiles y cooperativas*, Granada, Editorial Comares, 1998.

RODRIGUEZ ADRADOS, Antonio, "Disposición onerosa de inmuebles gananciales", *Revista de Derecho Notarial*, ano VI, n.ºs XXI-XXII, 1958, pp. 129-228.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.ª Eugenia, *Disposición de bienes gananciales*, Navarra, Aranzadi, 2000.

RÓMAN GARCÍA, Antonio M., *El matrimonio y su economía (Régimen económico matrimonial legal y regímenes convencionales)*, Madrid, Centro de Estudios, Fundación Beneficentia et Peritia Juris, 2004.

ROPPO, Enzo, "La famiglia senza matrimonio. Diritto e non-diritto nella fenomenologia delle libere unioni", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XXXIV, n.º 3, 1980, pp. 697-770.

---, *Il giudice nel conflitto coniugale. La famiglia tra autonomia e interventi pubblici*, Bologna, Società Editrice Il Mulino, 1981.

---, "Coniugi – I) Rapporti personali e patrimoniali tra coniugi", *Enciclopedia Giuridica*, Istituto della Enciclopedia Italiana, vol. VIII, Roma, 1988, pp. 1-8.

---, "Convenzioni matrimoniali", *Enciclopedia Giuridica*, Istituto della Enciclopedia Italiana, vol. IX, Roma, 1989, pp. 1-6.

ROTH, Günter H., "Die Ehegatten - GmbH in Recht und Praxis", *FamRZ*, ano 31.º, n.º 4, 1984, pp. 328-331.

ROTHEMUND, Christian, *Erklärungstatbestand und eherechtliche Schranken bei der Begründung einer Ehegatten-Innengesellschaft*, München, VVF, 1987.

ROVIRA SUEIRO, Maria E., "La "familia de hecho" en Italia: estado actual de la cuestión", *Derecho Privado y Constitución*, ano 6, n.º 12, 1998, pp. 269-307.

RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline, "L'attitude du législateur contemporain face au mariage de fait", *RTDC*, ano 83.º, n.º 3, 1984, pp. 389-409.

---, "Présentation de la loi adoptée le 13 octobre 1999 relative au PACS", *JCP* 1999.43.1909.

---, *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 2001.

RUEDA PÉREZ, M. A./RUEDA PÉREZ, J. M., "Notas sobre la nueva regulación de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales tras la reforma del C.C.", *Revista de Derecho Privado*, Junho de 1982, pp. 556-593.

RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de obligaciones – Derecho de familia – Derecho hereditario*, trad. espanhola por Ramón Sergano Suñer e José Santa-Cruz Teijeiro, vol. II, 4.ª ed., Madrid, Editorial Reus, 1931.

---, *Istituzioni di Diritto Civile. Diritto di famiglia. Diritti reali e possesso*, vol. II, 7.ª ed., Messina-Milano, Giuseppe Principato, 1934.

RUSSO, Ennio, *Le convenzioni matrimoniali ed altri saggi sul nuovo Diritto di Famiglia*, Milano, Giuffrè Editore, 1983.

---, *Il Codice Civile Commentario – artt. 177-179. L'oggetto della comunione legale e i beni personali*, sob a direcção de P. Schlesinger, Milano, Giuffrè Editore, 1999.

RZEPECKI, "Les opérations de crédit et la solidarité ménagère de l'article 220 du code civil", *JCP* 1999.II.48.

SACCO, Rodolfo, "Regime patrimoniale della famiglia", in AAVV, *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, sob a direcção de Carraro/Oppo/Trabucchi, vol. I, tomo I, Padova, Cedam, 1977, pp. 315-342.

---, "Del regime patrimoniale della famiglia", in AAVV, *Commentario al diritto italiano della famiglia*, sob a direcção de Cian/Oppo/Trabucchi, vol. III, Padova, Cedam, 1992, pp. 3-42.

SAIZ GARCÍA, Concepción, *Acreeedores de los Cónyuges y Régimen Económico Matrimonial de Gananciales*, Navarra, Aranzadi, 2006.

SALANITRO, Niccolò, "I diritti del coniuge superstite sui depositi pecuniari del defunto", *Banca borsa e titoli di credito*, ano XLVI, 1983, pp. 386-391.

SALARIS, Fernando, "Impresa familiare, famiglia di fatto e comunità rurali", *Rivista di Diritto Agrario*, n.º 4, 2, 1983, pp. 464-469.

SALAZAR, Helena, "Breves notas sobre a responsabilidade pelas dívidas contraídas por um dos cônjuges no exercício da actividade comercial", in AAVV, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977. Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 351-380.

SALDANHA, Eduardo, *RLJ*, ano 71.º, 1938/39, pp. 83-86.

- SALVADOR, Manuel J. G., *Estudos de Direito*, vol. I, Lisboa, Livraria Petrony, 1965.
- , "O Passivo do Casal (Dívida Cambiária)", *Justiça Portuguesa*, ano 34.º, 1967, pp. 113-134 e pp. 149-153.
- , *A dívida da letra e o proveito comum*, 2.ª ed., s.l., 1972.
- SALVESTRONI, Umberto, "Comunione legale, efficacia degli acquisti separati e responsabilità per le obbligazioni contratte separatamente dai coniugi", *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, ano LXXVI, parte 1, 1978, pp. 163-195.
- , "Contratti e rapporti patrimoniali tra coniugi", in AAVV, *Il contratto. Silloge in onere di Giorgio Oppo*, vol. II, Padova, Cedam, 1992, pp. 801-816.
- SANCHÉZ CALERO, Francisco Javier, "El régimen económico del matrimonio (II)", in AAVV, *Curso de Derecho Civil. Derechos de Familia y Sucesiones*, sob a direcção de Francisco Javier Sánchez Calero, 3.ª ed., Valencia, Tirant lo blanch, 2004, pp. 167-179.
- SANCIÑENA ASURMENDI, Camino, *Régimen económico matrimonial del comerciante*, Madrid, Dykinson, 1996.
- SAN ROMÁN MORENO, J. R., "Planteamiento general", in AAVV, *Regimén económico matrimonial y la protección de acreedores*, sob a direcção de J. R. San Román Moreno, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995, pp. 9-77.
- SANTIAGO, Rodrigo, *Dois estudos sobre o Código das Sociedades Comerciais*, Coimbra, Almedina, 1987.
- SANTILLI, Marina, "Note critiche in tema di "famiglia di fatto"", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XXXIV, n.º 3, 1980, pp. 771-848.
- SANTO, João Espírito, "Sociedades e Cônjuges", in AAVV, *Estudos em memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Lisboa, Lex, 1995, pp. 375-423.
- SANTORO-PASSARELLI, Francesco, "Poteri e responsabilità patrimoniali dei coniugi per i bisogni della famiglia", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XXXVI, 1982, pp. 1-17.
- , "Il regime patrimoniale primario", in AAVV, *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia (discusse da vari giuristi e dedicate ad Alberto Trabucchi)*, Padova, Cedam, 1989, pp. 3-7.
- SANTOS, Eduardo dos, *Direito da Família*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 1999.
- SANTOSUOSSO, Fernando, *Il matrimonio e il regime patrimoniale della famiglia*, Torino, Utet, 1965.
- , *Commentario del Codice Civile. Delle persone e della famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia*, vol. I, título VI, tomo I, parte 3, Torino, Utet, 1983.
- , *Beni ed attività economica della famiglia*, Torino, Utet, 1995.
- SANZ VIOLA, Ana María, "La gestión de los bienes gananciales y las adquisiciones a título oneroso y a costa del caudal común realizadas por uno de los cónyuges por separado", *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, ano LXIII, n.º 583, 1987, pp. 1753-1764.
- SAUJOT, Colette, *La pénétration des idées séparatistes dans les régimes communautaires*, Paris, LGDJ, 1956.
- , "Le fondement des récompenses", *RTDC*, ano 68.º, 1970, pp. 684-706.
- SAVATIER, René, "L'action des créanciers pour dettes de ménage contre les époux séparés de biens",

Recueil Dalloz, n.º 11, II, 1935, pp. 25-28.

---, *La communauté conjugale nouvelle*, Paris, Dalloz, 1970.

---, *La séparation de biens en droit français*, Paris, Dalloz, 1973.

---, "Le régime des récompenses au regard de l'indivision post-communautaire", *Recueil Dalloz Sirey*, chr. XXX, 1975, pp. 175-186.

---, "Liquidation entre époux contractuellement séparés de biens du patrimoine conjugal", *RTDC*, 1981, pp. 497-506.

SCALETTA, D., "Lo scioglimento della comunione legale dei coniugi", in AAVV, *Manuale del nuovo Diritto di Famiglia*, sob a direcção de G. Cassano, 2.ª ed., Piacenza, Casa Editrice La Tribuna, 2003, pp. 655-698.

SCHLENKER, Susanne, "Die Stellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften in Spanien und in spanischen Teilrechtsordnungen", in AAVV, *Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften*, sob a direcção de Jürgen Basedow/Kaus J. Hopt/Hein Kötz/Peter Dopffel, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000, pp. 145-166.

SCHLESINGER, P., "Della comunione", in AAVV, *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, sob a direcção de Carraro/Oppo/Trabucchi, vol. I, tomo I, Padova, Cedam, 1977, pp. 361-451.

---, "Il regime patrimoniale della famiglia", in AAVV, *Il nuovo Diritto di Famiglia*, sob a direcção de Claudio Delitala/Guilia Minoli, Milano, Giuffrè Editore, 1976, pp. 65-83.

---, "Del regime patrimoniale della famiglia. Della comunione legale", in AAVV, *Commentario al diritto italiano della famiglia*, sob a direcção de Cian/Oppo/Trabucchi, vol. III, Padova, Cedam, 1992, pp. 69-196.

SCHLÜTER, Wielfried, "Die nichteheliche Lebensgemeinschaft und ihre vermögensrechtliche Abwicklung", *FamRZ*, ano 33.º, n.º 5, 1986, pp. 405-416.

---, *BGB – Familienrecht*, 11.ª ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2005.

SCHOFIELD, Gareth/MIDDLETON, Jonathan, *et alii*, *Debt and insolvency on family breakdown*, NFLG, Bristol, Jordan Publishing Limited, 2003.

SCHROEDER, R., *Geschichte des Ehehlichen Güterrechts in Deutschland*, I, Stettin. Danzig. Elbing, Léon Saunier's Buchhandlung, 1863.

SCHRÖDER, *Das eheliche Güterrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche*, 3.ª ed., Berlin, F. Guttentag, 1900.

SCHRÖDER, "La ruine des créanciers organisée par la loi (les droits du créancier antérieur au mariage dans le nouveau régime matrimonial légale)", *JCP* 1969.I.2291.

SCHRÖDER/BERGSCHNEIDER, *Familienvermögensrecht*, Bielefeld, Ernst und Werner Giesecking, 2003.

SCHWAB, Dieter, "Zivilrecht und nichteheliche Lebensgemeinschaft", in AAVV, *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft*, sob a direcção de Götz Landwehr, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1978, pp. 61-83.

---, *Familienrecht*, 14.ª ed., München, C. H. Beck, 2006.

SEGNI, Mario, "Gli atti di straordinaria amministrazione del singolo coniuge sui beni immobili della comunione", *Rivista di Diritto Civile*, ano XXVI, I, 1980, pp. 598-648.

SEGRETO, Antonio, "Il convivente "more uxorio" nella giurisprudenza della Corte Costituzionale", *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, ano XVIII, 1989, pp. 823-859.

SEOANE PRADO, Javier, "Cuestiones procesuales que plantea la defensa de terceros y acreedores en situaciones de cambio convencional de régimen económico matrimonial. Medidas cautelares", in AAVV, *Regimén económico matrimonial y la protección de acreedores*, sob a direcção de J. R. San Román Moreno, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995, pp. 343-389.

SERENS, M. Nogueira, "A propósito do Assento n.º 4/78: o artigo 10.º do Código Comercial na doutrina e na jurisprudência", Separata da *Revista de Direito e Economia*, ano V, Janeiro-Junho, 1979.

SÉRIAUX, Alain, "Une définition civile du mariage (prière d'insérer)", *Recueil Dalloz*, ano 181.º, n.º 29, 2005, pp. 1966-1969.

SERRA, Vaz, "Obrigações pecuniárias", *BMJ*, n.º 52.º, 1956, pp. 5-336.

---, "Enriquecimento sem causa", *BMJ*, n.º 81.º, 1958, pp. 5-245.

---, "Anotação ao ac. do STJ, de 24 de Maio de 1960", *RLJ*, ano 94.º, 1961/1962, pp. 168-173, pp. 183-188 e pp. 200-203.

---, "Anotação ao ac. do STJ, de 16 de Julho de 1971", *RLJ*, ano 105.º, 1972/73, pp. 159 e 160.

---, "Anotação ao ac. do STJ, de 4 de Janeiro de 1972", *RLJ*, ano 105.º, 1972/73, pp. 346-352 e pp. 358-360.

---, "Anotação ao ac. do STJ, de 3 de Novembro de 1972", *RLJ*, ano 106.º, 1973/74, pp. 328-336.

---, "Anotação ao ac. do STJ, de 28 de Novembro de 1972", *RLJ*, ano 106.º, 1973/74, pp. 360-367 e pp. 373-383.

---, "Anotação ao ac. do STJ, de 11 de Junho de 1976", *RLJ*, ano 110.º, 1977/78, pp. 186-192 e pp. 195-199.

---, "Anotação ao ac. do STJ, de 13 de Abril de 1978", *RLJ*, ano 111.º, 1978/79, pp. 308-314.

---, "Anotação ao ac. do STJ, de 5 de Fevereiro de 1980", *RLJ*, ano 114.º, 1981/82, pp. 184-192.

SERRANO ALONSO, Eduardo, *La liquidación de la sociedad de gananciales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, La Ley-Actualidad, S.A., 1997.

---, *Manual de Derecho de Familia*, Madrid, Edisofer, s.l., 2000.

SERRANO ALONSO, Eduardo *et alii*, *Regimen economico del matrimonio*, 3.ª ed., Barcelona, Editorial Forum, 1996.

SERVETTI, Gloria, "Brevi appunti sullo stato della giurisprudenza in tema di c.d. famiglia di fatto", *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, ano XVIII, n.º 3, 1989, pp. 873-885.

SESTA, Michele, "Il dovere di contribuzione ai bisogni della famiglia", in AAVV, *Casi e questioni di diritto privato – matrimonio e famiglia*, sob a direcção de Mario Bessone, vol. III, 8.ª ed., Milano, Giuffrè Editore, 1997, pp. 116-122.

---, "As transformações do Direito da Família italiano no quadro da evolução dos ordenamentos europeus", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXVIII, 2002, pp. 223-284.

---, *Diritto di Famiglia*, Padova, Cedam, 2003.

SGROI, M., "La famiglia di fatto", in AAVV, *Manuale del nuovo Diritto di Famiglia*, sob a direcção de G. Cassano, 2.ª ed., Piacenza, Casa Editrice La Tribuna, 2003, pp. 269-326.

SHIMAZU, Ichiro, "Legal Response to Formal and Informal Marriage in Japan", in AAVV, *Marriage and cohabitation in Contemporary Societies*, sob a direcção de John M. Eekelaar/Sanford N. Katz, Toronto, Butterworths, 1980, pp. 190-197.

SILVA, Manuel Duarte Gomes da, *Curso de Direito da Família*, vol. II, Lisboa, AAFDL, 1969.

SILVA, Manuel Duarte Gomes da/JORGE, Fernando Pessoa, "O Direito da Família no futuro Código Civil", *BMJ*, n.º 126.º, 1963, pp. 219-235.

SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da, *História do Direito Português. Fontes de Direito*, 2.ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

SILVA, Paula Costa e, *A reforma da acção executiva*, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

---, "Impugnação pauliana e execução", *Cadernos de Direito Privado*, n.º 7 (Julho/Setembro), 2004, pp. 46-63.

SIMLER, Philippe, "Le conflit des présomptions en régime de communauté (Contribution à l'étude du rôle de la présomption de communauté après la loi du 13 juillet 1965)", *RTDC*, ano 68.º, 1970, pp. 478-525.

---, "Note sous Cass. civ. 1.º, 1.º mars 1988", *JCP* 1988.II.21158.

---, "La mesure de l'indépendance des époux dans la gestion des gains et salaires", *Indépendance financière et communauté de vie*, Actes des journées d'études des 15 et 16 décembre 1988, Paris, LGDJ, 1989, pp. 55-73.

---, "Note sous Cass. civ. 1.º, 7 mars 1989", *JCP* 1989.II.21309.

---, "Régimes matrimoniaux", *JCP* 1995.I.3821.

---, "Régimes matrimoniaux", *JCP* 1996.I.3962.

---, "Régimes matrimoniaux", *JCP* 2003.I.158.

SMIROLDO, Antonino, "Effetti dello scioglimento", in AAVV, *La comunione legale*, sob a direcção de C. M. Bianca, vol. II, Milano, Giuffrè Editore, 1989, pp. 939-979.

SOERGEL/LANGE, *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar. Familienrecht*, vol. 7, I, 12.ª ed., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, W. Kohlhammer, 1988.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, "A obrigação de restituir o preço e o princípio do nominalismo das obrigações pecuniárias - A propósito do acórdão do STJ de 11 de Março de 1999", Separata de *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

SOUSA, Jorge Lopes de, *Código de Procedimento e de Processo Tributário Anotado*, Lisboa, Vislis Editores, 2000.

SOUSA, Miguel Teixeira de, "As dívidas dos cônjuges em processo civil", in AAVV, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977. Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 341-350.

SOUSA, R. Capelo de/PITÃO, J. França, *Código Civil e Legislação Complementar*, Coimbra, Almedina, 1979.

SOUZA, Marnoco e, *História das Instituições do Direito Romano, Peninsular e Português*, 3.ª ed., Coimbra, França Amado Editor, 1910.

---, *Das letras, livranças e cheques. Comentário ao título VI do livro II do Código Comercial*, vol. I, 2.ª ed., Lisboa, Lvmen, 1921.

- STANZIONE, Gabriella Autorino, *Diritto di Famiglia*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1997.
- , "La famiglia "non fondata sul matrimonio", in AAVV, *Studi in onere di Pietro Rescigno*, vol. II, tomo I, Milano, Giuffrè Editore, 1998, pp. 847-858.
- STANZIONE, Pasquale, "Comunione legale tra coniugi e responsabilità per le obbligazioni assunte", *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, ano XIII, n.º 4, 1984, pp. 1091-1109.
- , "Obbligazione contratta dal coniugi separatamente su bene proprio - destinazione del bene ai bisogni della famiglia - responsabilità della comunione", in AAVV, *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia (discusse da vari giuristi e dedicate ad Alberto Trabucchi)*, Padova, Cedam, 1989, pp. 279-295.
- STAUDINGER, J. Von, *BGB - Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Familienrecht*, vol. 4, §§ 1363.º-1563.º, 13.ª ed., Berlin, Sellier de Gruyter, 1994.
- , *BGB - Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Familienrecht*, vol. 4, §§ 1303.º-1362.º, 13.ª ed., Berlin, Sellier de Gruyter, 2000.
- STEIN/JONAS/BREHM, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, vol. VIII, 22.ª ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2004.
- SUMNER, Ian, "Legal position of same-sex couples in english Law", in AAVV, *Legal recognition of same-sex couples in Europe*, sob a direcção de Katharina Boele-Woelki/Angelika Fuchs, Antwerp - Oxford - New York, Intersentia, 2003, pp. 99-121.
- TASSINARI, F., "Responsabilità dei coniugi in comunione legale, tutela dei creditori e scelta del regime della separazione dei beni", in AAVV, *La comunione legale - Problematiche e questioni a venticinque anni dalla riforma*, Milano, Giuffrè Editore, 2003, pp. 141-151.
- TAVARES, José, *Sociedades e empresas comerciais*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1924.
- TEDESCHI, Guido, *Trattato di Diritto Civile Italiano. Il matrimonio. Il regime patrimoniale della famiglia*, sob a direcção de F. Vassalli, vol. III, tomo 1, 2.ª ed., Torino, Utet, 1950.
- TELLES, Inocêncio Galvão, *Das Universalidades*, Lisboa, Grandes Oficinas Gráficas "Minerva" de Gaspar Pinto de Sousa & Irmão, 1940.
- , "O problema da comunicabilidade dos rendimentos no regime de separação absoluta", *Jornal do Fôro*, ano 16.º, 1952, pp. 145-163.
- , "Contratos Civis", *BMJ*, n.º 83.º, 1959, pp. 114-182.
- TENA ARREGUI, Rodrigo, "La pretendida anulabilidad de los contratos realizados por un cónyuge sin el consentimiento del outro", *Revista Jurídica del Notariado*, Julho-Setembro, 1999, pp. 277-302.
- TERRÉ, François/FENOUILLET, Dominique, *Droit Civil. Les personnes, la famille, les incapacités*, 6.ª ed., Paris, Dalloz, 1996.
- , *Droit Civil. Les personnes, la famille, les incapacités*, 7.ª ed., Paris, Dalloz, 2005.
- TERRÉ, François/SIMLER, Philippe, *Droit Civil. Les régimes matrimoniaux*, 2.ª ed., Paris, Dalloz, 1994.
- THORN, Karsten, "The german Law on same-sex partnerships", in AAVV, *Legal recognition of same-sex couples in Europe*, sob a direcção de Katharina Boele-Woelki/Angelika Fuchs, Antwerp - Oxford - New York, Intersentia, 2003, pp. 84-98.
- TOMÉ, M.ª João Romão Carreiro Vaz, *O direito à pensão de reforma enquanto bem comum do casal*,

Coimbra, Coimbra Editora, 1997.

TOMMASINI, Raffaele, "Riflessioni in tema di famiglia di fatto: limiti di compatibilità e affidamento per la convivenza", *Rivista di Diritto Civile*, ano XXX, II, 1984, pp. 256-270.

---, "La famiglia di fatto", in AAVV, *Trattato di Diritto Privato. Il Diritto di Famiglia*, sob a direcção de M. Bessone, tomo I, vol. IV, Torino, G. Giappichelli Editore, 1999, pp. 497-518.

TORRALBA, O. Vicente, "Las recompensas entre las masas patrimoniales y la depreciación monetaria", *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, ano XLIV, n.º 484, 1971, pp. 553-564.

TORRES GARCÍA, Teodora, "Régimen económico matrimonial y uniones de hecho", in AAVV, *Matrimonio y uniones de hecho*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, Aquilafuente, 2001, pp. 39-52.

TRABUCCHI, Alberto, "Morte della famiglia o famiglia senza famiglia?", *Rivista di Diritto Civile*, ano XXXIV, I, 1988, pp. 19-41.

TRACOL, Xavier, "The Pacte Civil de Solidarité (PACS)", in AAVV, *Legal recognition of same-sex couples in Europe*, sob a direcção de Katharina Boele-Woelki/Angelika Fuchs, Antwerp-Oxford-New York, Intersentia, 2003, pp. 68-83.

TREVISAN, Lucio, "Tutela dei creditori personali dei coniugi in regime di comunione legale o convenzionale", *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, ano LXXX, parte 1, 1982, pp. 395-420.

VAN DE WIEL, A. M., "Cohabitation outside Marriage in Dutch Law", in AAVV, *Marriage and cohabitation in Contemporary Societies*, sob a direcção de John M. Eekelaar/Sanford N. Katz, Toronto, Butterworths, 1980, pp. 212-227.

VAREILLE, Bernard, "Régimes matrimoniaux", *RTDC*, ano 94.º, n.º 2, 1995, pp. 420-428.

---, "Régimes matrimoniaux", *RTDC*, ano 95.º, n.º 1, 1996, pp. 221-233.

---, "Régimes matrimoniaux", *RTDC*, n.º 2, 2000, pp. 386-396.

---, "Régimes matrimoniaux", *RTDC*, n.º 4, 2000, pp. 888-892.

---, "Régimes matrimoniaux", *RTDC*, n.º 2, 2001, pp. 416-427.

VARELA, João de Matos Antunes, *Direito da Família*, 5.ª ed., Lisboa, Livraria Petrony, 1999.

---, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10.ª ed., Coimbra, Almedina, 2000.

VASCELLARI, M., "Separazione dei beni – presunzione di comproprietà ex art. 219, comma 2.º, c.c. – opponibilità da parte del coniuge dell'esecutato in sede di opposizione di terzo all'esecuzione – condizioni", in AAVV, *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia (discusse da vari giuristi e dedicate ad Alberto Trabucchi)*, Padova, Cedam, 1989, pp. 415-428.

VÁSQUEZ DE CASTRO, Luis Martínez/CORDERO CUTILLAS, Iciar, "Las leyes de parejas de hecho (Valencia, Madrid y Principado de Asturias): su adecuación con la Constitución Española", in AAVV, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, sob a direcção de A. Cabanillas Sanchez, et alii, Madrid, Civitas, 2003, pp. 4779-4797.

VÁSQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, *Administración y liquidación del régimen económico del matrimonio*, Madrid, Dijusa, 2004.

VASSEUR, Michel/MARIN, Xavier, *Les comptes en banque*, tomo I, Paris, 1966.

VECCHI, "Obbligazioni nell'interesse della famiglia e responsabilità solidale dei coniugi", *Rivista di*

Diritto Civile, ano XXXVII, II, 1991, pp. 631 e segs.

VEITORI, Giuseppe, “Il dovere coniugale di contribuzione”, in AAVV, *Studi in onore di Pietro Rescigno. Diritto Privato*, vol. II, tomo I, Milano, Giuffrè Editore, 1998, pp. 867-882.

VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, “Efectos económicos derivados de la ruptura de uniones de hecho”, in AAVV, *Daños en el Derecho de Familia*, sob a direcção de José Ramón de Verda y Beamonte, Navarra, Aranzadi, 2006, pp. 223-254.

VERHEYDEN-JEANMART, N., “Les effets patrimoniaux de l’union libre et de sa rupture”, in AAVV, *L’union libre*, sob a direcção de Ph. De Page/R. De Valkeneer, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 45 e segs.

VERZERA, M., “Le obbligazioni dei coniugi in comunione legale e la solidarietà matrimoniale in prospettiva costituzionale”, in AAVV, *Manuale del nuovo Diritto di Famiglia*, sob a direcção de G. Cassano, 2.^a ed., Piacenza, Casa Editrice La Tribuna, 2003, pp. 613-653.

VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, “Aplicación del régimen de sociedad de gananciales a una relación y convivencia no matrimonial. Convenio económico. Validez (Comentario de urgencia a la sentencia de 21 de abril de 1986 de la Audiencia Provincial de Córdoba)”, *Revista General de Derecho*, ano XLII, n.º 504, 1986, pp. 4303-4317.

VILLELA, João Baptista, “Effets Patrimoniaux de l’union libre dans le Droit Brésilien”, in AAVV, *Marriage and cohabitation in Contemporary Societies*, sob a direcção de John M. Eekelaar/Sanford N. Katz, Toronto, Butterworths, 1980, pp. 172-178.

VOISIN, Laurent, “Les charges du ménage dans les relations entre “conjoints” et à l’égard des tiers”, in AAVV, *Différenciation ou convergence des statuts juridiques du couple marié et du couple non marié? Droit belge et français*, sob a direcção de Jean Hauser/Jean-Louis Renchon, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2005, pp. 128-158.

WARDLE, Lynn D., “Avaliar os custos das uniões de facto: alguns potenciais efeitos prejudiciais no Direito de Família”, *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 1, n.º 2, 2004, pp. 17-33, e ano 2, n.º 3, 2005, pp. 13-37.

WEBER, A., “Die Entwicklung des Familienrechts seit Mitte 1999, Eherecht, Kindschaftsrecht, Ehwohnung, Hausrat und vermögensrechtliche Beziehungen”, *NJW*, ano 54.º, n.º 18, 2001, pp. 1320-1328.

WELLENHOFER, Marina, “Familienrecht. Keine analoge Anwendung von § 1362 BGB auf nichteheliche Lebensgemeinschaft”, *JuS*, n.º 6, 2007, pp. 591-593.

WENGLER, Wilhelm, “O projecto de um novo Código Civil português”, *BMJ*, n.º 168.º, 1967, pp. 333-341.

WEVER, Reinhardt, *Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten ausserhalb des Güterrechts*, 4.^a ed., Bielefeld, Ernst und Werner Gieseking, 2006.

WEYLAND, Michel, “L’indispensable dissociation des alinéas 1 et 2 de l’article 1414 du Code Civil (à propos de l’article 48 du décret n. 92-755 du 31 juillet 1992)”, *JCP* 1993.I.3712.

WEYRAUCH, Walter Otto, “Metamorphoses of Marriage: Formal and Informal Marriages in the United States”, in AAVV, *Marriage and cohabitation in Contemporary Societies*, sob a direcção de John M. Eekelaar/Sanford N. Katz, Toronto, Butterworths, 1980, pp. 265-281.

WITTICH, Thomas, *Die Gütergemeinschaft (und ihre Auseinandersetzung)*, Luchterhand, Fur – Praxis, 2000.

XAVIER, Bernardo Lobo, *Curso de Direito do Trabalho*, 2.^a ed., reimpressão, Lisboa, Verbo, 1996.

XAVIER, M. ^a Rita A. G. Lobo, “Reflexões sobre a posição do cônjuge meeiro em sociedades por quotas”, Separata do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ano XXXVIII, Coimbra, 1993.

---, “Sociedades entre cônjuges. Sociedades de capitais. Responsabilidade por dívidas sociais. Código das Sociedades Comerciais. Lei interpretativa.”, Separata da *RDES*, ano XXXV, n.^{os} 1-2-3-4, Janeiro-Dezembro, 1993.

---, “Contrato-promessa de partilha dos bens do casal celebrado na pendência da acção de divórcio (comentário ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de Maio de 1993)”, Separata da *RDES*, ano XXXVI, n.^{os} 1-2-3, Janeiro-Setembro, 1994.

---, “Acção cambiária. Proveito comum do casal. Ónus da prova. Conta bancária comum”, Separata da *RDES*, ano XXXVII, n.^{os} 1-2-3, Janeiro-Setembro, 1995.

---, “A sub-rogação real indirecta de bens próprios nos regimes de comunhão”, Separata da *RDES*, ano XXXIX, n.^{os} 1-2-3, Janeiro-Setembro, 1997.

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

---, “Novas sobre a união “more uxorio” em Portugal”, in AAVV, *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2002, pp. 1393-1406.

---, “Da crise à desregulamentação da família”, in AAVV, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 835-848.

---, “Das relações entre o direito comum e o direito matrimonial - a propósito das atribuições patrimoniais entre cônjuges”, 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. 487-500.

---, “União de facto e pensão de sobrevivência – anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional n.^{os} 195/03 e 88/04”, *Jurisprudência Constitucional*, n.º 3, 2004, pp. 16-24.

---, “Bem adquirido por cônjuge casado no regime de comunhão de adquiridos em cumprimento de contrato-promessa de compra e venda celebrado antes do casamento”, *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 1, n.º 2, 2004, pp. 5-16.

XAVIER, Vasco da Gama Lobo, *Sumários de Direito Comercial*, policopiado, Coimbra, 1977/78.

---, “O art. 10.º do Código Comercial e as dívidas cambiárias (assento do Supremo Tribunal de Justiça, de 13 de Abril de 1978, n.º (4/78)”, Separata da *RDES*, ano XXV, n.^{os} 1 e 2, Janeiro-Março, 1980.

---, “Responsabilidade dos bens do casal pelas dívidas comerciais de um dos cônjuges”, Separata da *RDES*, ano XXIV, Outubro-Dezembro, 1980.

---, “Se pode o cônjuge do empresário, ao abrigo do art. 1678.º, n.º 3, do Código Civil, intervir na gestão do estabelecimento mercantil, quando este seja um bem comum do casal”, Separata da *RDES*, ano XXVI, n.^{os} 1-2-3-4, 1982.

XAVIER, Vasco da Gama Lobo/COELHO, M. ^a Ângela, “Ónus da impugnação especificada;

sociedade de dois cônjuges e validade das transmissões de partes sociais a ela conducentes", *Revista de Direito e Economia*, anos X/XI, 1984/85, pp. 305-328.

XAVIER, Vasco da Gama Lobo/MESQUITA, Manuel Henrique, "Sobre o art. 1682.º-A, n.º 1, al. a), do Código Civil: desnecessidade do consentimento do cônjuge do empresário para a alienação de imóveis que se integre no objecto da empresa", *RDES*, ano XXVI, n.ºs 1-2-3-4, 1979, pp. 59-73.

YADIN, Uri, "The matrimonial partnerschip (*Matrimonial Property Relations Bill, 1969*)", *Israel Law Review*, vol. 6, 1971, pp. 106-111.

YÁÑEZ VIVERO, Fátima, "Deudas de un solo cónyuge y responsabilidad ganancial según la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Anuario de Derecho Civil*, tomo LIII, n.º 2, 2000, pp. 553-626.

---, *Las capitulaciones matrimoniales en perjuicio de acreedores y la anotación de embargo sobre bienes ex-gananciales*, Madrid, Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2003.

ZATTI, P., "I diritto e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi. La separazione personale", in AAVV, *Trattato di diritto privato. Persona e famiglia*, sob a direcção de Pietro Rescigno, 2.ª ed., Torino, UTET, 1996, pp. 5 e segs.

ZÖLLER-PHILIPPI, *Zöller Zivilprozessordnung*, sob a direcção de Richard Zöller, 24.ª ed., Köln, Dr. Otto Schmidt, 2004, § 606.º, pp. 1396-1405.

ZÖLLER-STÖBER, *Zöller Zivilprozessordnung*, sob a direcção de Richard Zöller, 24.ª ed., Köln, Dr. Otto Schmidt, 2004, § 860.º, p. 2182, e § 888.º, pp. 2220-2225.