



Universidade do Minho
Escola de Direito

Lisete Graciela Soares e Silva Ferrás

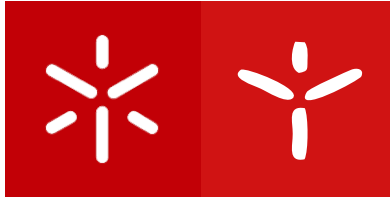
Os Efeitos Patrimoniais do Divórcio e a Posição Jurídica do Cônjuge mais Fragilizado à Luz da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro

Os Efeitos Patrimoniais do Divórcio e a Posição Jurídica do Cônjuge mais Fragilizado à Luz da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro

Lisete Graciela Soares e Silva Ferrás

UMinho | 2017

julho de 2017



Universidade do Minho

Escola de Direito

Lisete Graciela Soares e Silva Ferrás

**Os Efeitos Patrimoniais do Divórcio e
a Posição Jurídica do Cônjuge mais
Fragilizado à Luz da Lei n.º 61/2008,
de 31 de outubro**

Tese de Mestrado

Mestrado em Direito das Crianças, Família e Sucessões

Trabalho efetuado sob a orientação da

Professora Doutora Cristina Manuela Araújo Dias

DECLARAÇÃO

Nome: Lisete Graciela Soares e Silva Ferrás

Endereço Eletrónico: pg30330@alunos.uminho.pt **Telemóvel:** 910440429

Número do Cartão de Cidadão: 14375177 8 ZX8

Título da Dissertação de Mestrado:

Os Efeitos Patrimoniais do Divórcio e a Posição Jurídica do Cônjuge mais Fragilizado à Luz da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro

Orientadora:

Professora Doutora Cristina Manuela Araújo Dias

Escola de Direito da Universidade do Minho

Ano de conclusão: 2017

Designação do Mestrado:

Mestrado em Direito das Crianças, Família e Sucessões

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO INTEGRAL DESTA TESE/TRABALHO APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE.

Universidade do Minho, __ / __ / __

Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Esta é, inacreditavelmente, uma das poucas partes da dissertação em que não me cabe decidir o que aqui deve constar. E é também, inacreditavelmente, a única em que me sento sem saber exatamente aquilo que quero dizer.

Cabe-me, é certo, agradecer. A verdade é que não estou certa que sentimentos se agradeçam e demonstrar gratidão, nada é mais ou menos do que isso. Mas, por haver quem, ao longo deste ano, tenha demonstrado merecer essa atenção, e especialmente por, citando Airton Ortiz, sermos o resultado dos livros que lemos, dos lugares que conhecemos e das pessoas que amamos, peço que encarem estas minhas palavras não só em jeito de agradecimento, mas, especialmente, em jeito de uma simbólica mas sentida retribuição.

À Doutora Cristina Dias, minha orientadora, expresso-lhe a minha gratidão pela partilha de saber e pela enorme honra da sua orientação. Obrigada pelo orgulho de poder dizer que fui orientada por uma das maiores especialistas do Direito da Família do país. Obrigada por ter partilhado comigo parte do seu tempo, nestes meses, que acredito terem sido um vaivém de emoções, com um sabor e uma intensidade especiais. Desejo-lhe que seja imensa e inteiramente feliz.

Às minhas colegas de mestrado: Carla, Tânia, Gabriela e Fátima, por terem feito valer a pena cada quilómetro percorrido semanalmente, e terem feito de Braga sinónimo de bem-querer.

À Isabel, por ter sido o melhor que Braga me deu, e foi tanto o que eu recebi. Que saibas que és a minha “amiga-presente”, e que saibas, que digo isto em cada um dos sentidos da expressão. E mais, que saibas ainda, cada vez que o teu barco balançar, que “mar calmo nunca fez bom marinheiro”. Além disto, basta somente que saibas onde me encontrar, e tu sabes, hás de saber sempre.

A ti, minha Raquel, a ti devo aquilo que se chama de “Lei do retorno”, a mais bonita de todas as leis. A ti devo tudo o que foste para mim, neste ano e em todos os outros. A ti devo uma nova visita a Lisboa, e desta vez, prometo que deixo que me apresentes mais do que a biblioteca da Procuradoria Geral da República. A ti, pelo que és, a vida deve-te o melhor do mundo.

À minha afilhada, que um dia há de saber ler português e há de saber que é uma das pessoas que eu mais amo neste mundo. A ela, que sem dar por isso, tanto me alegrou e tanta força me deu. Sempre que vens enches o meu coração de alegria, depois

quando te vais há um vazio que teima em ficar... que fica sempre à espera de um novo regresso. Que saibas que é em nome desse novo regresso que acabo e entrego esta minha dissertação tantos meses antes de a data findar. Que saibas que foi em teu nome que ao longo destes meses abdiquei de tantos fins de semana e horas de sono. Que saibas que no momento em que te abraçar e estiver disponível para ti, tudo isto vai ter valido a pena.

Aos meus pais por todo o investimento, e por algo tão mas tão importante, que tantas vezes lhes custou dar-me: silêncio. Obrigada por terem escolhido o melhor lugar do mundo para viver e para escrever. Há de chegar o dia em que vou conseguir estudar em qualquer lugar, ou talvez não, ainda assim, e enquanto esse dia não chega, este é o maior agradecimento que vos posso fazer. Escreveu Fernando Pessoa que nas cidades a vida é mais pequena do que em casas como a nossa, no cimo deste outeiro. Ele dizia que “na cidade as grandes casas fecham a vista à chave, escondem o horizonte, empurram o nosso olhar para longe de todo o céu, tornam-nos pequenos porque nos tiram o que os nossos olhos nos podem dar, e tornam-nos pobres porque a nossa única riqueza é ver”. Obrigada por esta casa, no cimo deste outeiro. É o meu lugar preferido no mundo inteiro.

Agora a ti, a ti Júlio, a ti devo a sensação de olhar para trás e ver que o tempo passou da melhor forma que podia ter passado, e juro não ter conhecido, até hoje, melhor sensação do que essa. A ti devo, mais do que as dezenas de tardes que passaste comigo em bibliotecas, mais do que as centenas de fotocópias que me ajudaste a tirar, mais do que os livros que me ajudaste a digitalizar (mesmo quando só podiam ser dez páginas de cada vez e eu queria mais de cem, de livros que tinham mais de mil), a ti devo a mais bela expressão de vida que já recebi: o teu amor. Eu já te disse, mas sabes, “saíste-me a sorte grande”. Não gosto de pedir muito, por isso: que eu saiba ser para ti, pelo menos um pouquinho daquilo que és para mim.

Por fim, a nós, mulheres portuguesas, e à Associação Portuguesa de Mulheres Juristas, que a nós se dedica. Agradeço-vos a luta e o trabalho constante, e mais do que isso: junto-me a vocês e faço minhas, as vossas palavras. Que nunca nos falte coragem de lutar, que nunca nos falte resiliência. A vocês dedico cada letra desta investigação, e cada segundo desta causa.

Os efeitos patrimoniais do divórcio e a posição jurídica do cônjuge mais fragilizado à luz da lei n.º 61/2008, de 31 de outubro

RESUMO

Começando por uma breve resenha histórica, tanto social quanto legal, iniciada ainda antes da primeira Lei do divórcio em Portugal, esta investigação rapidamente desagua na última grande reforma operada pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, objeto deste estudo em algumas das suas repercussões. Estudamos alguns, não todos, os efeitos patrimoniais do divórcio, em concreto aqueles que, a nosso ver, mais diretamente influem na situação patrimonial em que são deixados os cônjuges, quando optem por seguir a via do divórcio, especialmente o cônjuge mais fragilizado da relação. Falamos aqui dos artigos 1676º, n.º 2, 1790º e 1791º do CC. Numa perspetiva contextualizada, desmistificamos a atual conjectura igualitária que vai tomando conta do nosso pensamento e cuida da relação entre os cônjuges como se de uma posição de completa paridade se tratasse, ignorando todas as dissemelhanças que a realidade teima em colocar diante dos nossos olhos e os estereótipos sociais em fazer perpetuar.

Figurando os artigos 1790º e 1791º, até 2008, duas sanções patrimoniais de aplicação unilateral ao cônjuge único ou principal culpado pelo fim do casamento, e tendo a ideia de culpa sido expurgada deste novo regime, coube ao legislador repensar o seu teor. Rejeitando a possibilidade de optar pela sua também expurgação, algo à partida lógico uma vez que era finda a sua razão de ser, o legislador optou, inversa e incompreensivelmente, pela sua manutenção, estendendo aquelas consequências patrimoniais a ambos os cônjuges, desprotegendo ainda mais as partes, especialmente a mais carecida. Sem qualquer distinção, o legislador vem agora arbitrariamente – para evitar que o divórcio consubstancie um meio de adquirir bens – impor-se à própria vontade dos cônjuges, em nome de nada mais que o seu excessivo paternalismo.

Questionamos, enfim, em que medida os lastimáveis resultados destas soluções se compadecem com o regime dotado de maior liberdade na vida privada e menos constrangimentos neste plano tão íntimo, que o legislador no projeto de Lei n.º 509/X tanto se orgulhou de criar, concluindo lamentavelmente por uma resposta negativa, que ao invés de se amenizar tão mais se agrava com a figura do crédito compensatório do n.º 2 do 1676º, que, não obstante ter pretendido compensar o trabalho doméstico e procurar servir a ânsia de proteger o cônjuge mais frágil no momento do divórcio, não se vislumbra, de todo, capaz de uma resposta suficiente e adequada àquela fragilidade.

The patrimonial effects of divorce and the legal position of the most fragile spouse under the law no. 61/2008, of October 31

ABSTRACT

Starting with a historical review, both social and legal, initiated before the first Law of divorce in Portugal, this research quickly flows into the last great reform operated by Law no. 61/2008, October 31, object of this study in some of its repercussions. We have study some, but not all, of the patrimonial effects of divorce, particularly those that, we believe, to possess a more direct influence in the patrimonial situation in which the spouses are left, when they choose to follow the way of divorce, with special attention to the legal position of the most vulnerable spouse of the relation. Here we talk of the articles 1676º, no. 2, 1790º, 1791º of the Civil Code. In a contextualized perspective, we demystify the current egalitarian conjecture that takes over our thought and takes care of the spouse's relationship, in a complete parity like position, ignoring all the dissimilarities that reality insists to put before our eyes and the social stereotypes in making perpetuate.

Considering that the articles 1790º and 1791º were, until 2008, two patrimonial sanctions unilaterally applied to the sole or principal spouse guilty of the end of the marriage, and having the idea of guilt been expurgated of this new regime, it was left to the legislator to rethink its content. Rejecting the possibility of also opting for his purging, something somewhat logical once his reason of being was finished, the legislator opted, inversely and incomprehensibly, for its maintenance, extending those patrimonial consequences to both spouses unprotecting even more both parts, especially the neediest. Without any distinction, the legislator comes now to arbitrarily – to avoid the constitution of the divorce as a mean of acquiring property – impose himself to the very will of the spouses, in the name of nothing more than their excessive paternalism.

We question to what extent the regrettable results of these solutions are commensurable with the regime gifted with the greatest freedom in private life and less constraintments on this so intimate plane, that the legislator in the Law project no. 509/X so proudly created, concluding regrettably by a negative response, which, instead of being softened, worsens with the figure of the compensatory credit of no. 2 of the 1676º, which, despite having intended to compensate the domestic work and seek to serve the desire to protect the most fragile spouse at the time of divorce, it doesn't glimpse itself capable of an adequate answer to that fragility.

ÍNDICE

PRINCIPAIS SIGLAS E ABREVIATURAS	xi
I. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS	1
1. Objeto da Investigação.....	1
2. Sistematização de Conteúdos.....	5
II. O DIVÓRCIO EM PORTUGAL	11
1. Evolução Histórica do Divórcio em Portugal até à Entrada em Vigor da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro.....	11
1.1. <i>Do código de Seabra à Lei do divórcio de 1910</i>	11
1.2. <i>Da Concordata entre a Santa Sé e o Estado português ao CC de 1966</i>	16
1.3. <i>Do protocolo adicional à Concordata à reforma de 1977. Breves notas sobre a evolução subsequente</i>	18
2. A Reforma de 2008 e as Transformações no Seio da Sociedade Portuguesa.....	24
2.1. <i>A intenção legislativa do projeto de Lei n.º 509/X</i>	24
2.2. <i>As alterações ao regime jurídico do divórcio operadas pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, e a sua essência</i>	29
2.3. <i>As transformações sociais em matéria de casamento e divórcio</i>	32
III. DA VALORIZAÇÃO DO TRABALHO REALIZADO EM CONTEXTO FAMILIAR AO CRÉDITO COMPENSATÓRIO	39
1. O Trabalho Realizado em Contexto Familiar: a sua Valorização.....	39
1.1. <i>A divisão de tarefas entre os cônjuges e os estereótipos sociais</i>	39
1.2. <i>A situação das mulheres portuguesas e a dupla jornada de trabalho</i>	46
1.3. <i>A necessidade de intervenção do legislador em 2008</i>	50
2. O Crédito Compensatório	51
2.1. <i>A redação do art. 1676º do CC: em especial o seu n.º 2</i>	51
2.2. <i>A relação do crédito compensatório com outros institutos: as compensações, os alimentos e o enriquecimento sem causa</i>	61
2.3. <i>O crédito compensatório no projeto de Lei e os efeitos da sua aplicação prática</i>	65
IV. DA AUTONOMIA DA VONTADE E MAIOR LIBERDADE NA VIDA PRIVADA À PERDA DE BENEFÍCIOS E À PARTILHA DO PATRIMÓNIO COMUM.....	75
1. A Autonomia da Vontade e a Regulação das Relações Patrimoniais entre os Cônjuges	76

1.1.	<i>A autonomia da vontade no âmbito matrimonial e a escolha do regime de bens do casamento</i>	76
1.2.	<i>A imutabilidade dos regimes de bens</i>	83
1.3.	<i>A cessação das relações patrimoniais entre os cônjuges</i>	87
2.	A Partilha e a Perda de Benefícios: do Projeto de Lei aos Efeitos da sua Aplicação Prática	89
2.1.	<i>A redação e a ratio legis dos arts. 1790º e 1791º do CC pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro</i>	89
2.2.	<i>Os resultados da aplicação do regime legal dos arts. 1790º e 1791º do CC</i>	92
2.3.	<i>A aplicação da Lei no tempo e a sua conformidade com a CRP</i>	106
V.	A POSIÇÃO JURÍDICA DO CÔNJUGE MAIS FRAGILIZADO À LUZ DA LEI N.º 61/2008, DE 31 DE OUTUBRO: DA INTENÇÃO LEGISLATIVA AOS RESULTADOS ALCANÇADOS. AS DEBILIDADES DO REGIME	115
1.	A Posição Jurídica do Cônjuge mais Fragilizado à Luz do Novo Regime: os Resultados Alcançados	116
1.1.	<i>A hipotética situação económica dos ex-cônjuges no momento de efetivar o divórcio. Hipótese prática.</i>	116
1.2.	<i>A solução legal avançada pela reforma divorcista em 2008 à hipótese formulada com vista a fomentar o equilíbrio e uma justa repartição patrimonial</i>	119
1.3.	<i>A proteção do cônjuge mais fragilizado</i>	123
2.	As Debilidades do Regime	130
2.1.	<i>A igualdade legal de género no seio familiar e as desigualdades estruturais</i>	130
2.2.	<i>A (falta de) coerência legislativa</i>	139
2.3.	<i>O direito da família e as crises familiares</i>	144
VI.	CONSIDERAÇÕES FINAIS	149
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	155
	REFERÊNCIAS JURISPRUDÊNCIAIS	168

PRINCIPAIS SIGLAS E ABREVIATURAS

AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

AA.VV. – Autores Vários

al. – alínea

als. – alíneas

APMJ – Associação Portuguesa de Mulheres Juristas

art. – artigo

arts. – artigos

CC – Código Civil

CEFL – Commission on European Family Law

CEJ – Centro de Estudos Judiciários

cfr. – conferir

CGDC – Gabinete de Documentação e Direito Comparado

CIG – Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género

cit. – citada

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto-Lei

ed. – edição

et al. – e outros

n.º – número

n.ºs – números

ob. – obra

ONU – Organização das Nações Unidas

p. – página

pp. – páginas

segs. – seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

trad. – tradução

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

UNL – Universidade Nova de Lisboa

v– ver

vol.– volume

“Para ser grande, sê inteiro: nada
Teu exagera ou exclui.

Sê todo em cada coisa. Põe quanto és
No mínimo que fazes.

Assim em cada lago a lua toda
Brilha, porque alta vive.”

Ricardo Reis

I. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

1. Objeto da Investigação

Com a entrada em vigor do novo paradigma trazido pela Lei n.º 61/2008, de 31 outubro, o regime divorcista português sofreu um revés, que aqui nos propomos a estudar em algumas das suas repercussões. Não procurando uma análise completa de toda aquela que é frequentemente denominada como “Lei do divórcio”, ater-nos-emos ao domínio dos seus efeitos patrimoniais com a ressalva de que, ainda assim, nem todos esses efeitos serão por nós abordados e as nossas atenções se centrarão em três deles – respetivamente na partilha do património comum (art. 1790º); na perda de benefícios (art. 1791º) e no crédito compensatório (art. 1676º) – por serem aqueles que, embora não sejam os únicos, a nosso ver, de uma forma mais direta, contendem com a abordagem que pretendemos fazer da posição jurídica em que são deixados os cônjuges que optem por seguir a via do divórcio, com especial atenção para o cônjuge mais fragilizado da relação, lugar não necessariamente mas frequentemente ocupado pelo cônjuge mulher. Ou será que deveríamos tomar como sinónimos os valores de igualdade no seio conjugal trazidos pela reforma do CC de 1977 e aqueles que diariamente se vão reproduzindo no seio das famílias portuguesas, abstendo-nos de falar em maior fragilidade de um dos cônjuges?

Facto é que o próprio legislador na exposição de motivos do projeto de Lei n.º 509/X lembrou também as assimetrias entre os cônjuges no seio familiar e não hesitou em projetar aquela maior posição de debilidade no feminino, reformulando, com base nela, o n.º 2 do art. 1676º, de modo a criar uma norma, com o objetivo claro de compensar o trabalho doméstico e o cuidado familiar por si maioritariamente desenvolvido. Visou-se, expressamente, com este novo regime, além da proteção dos mais fragilizados, a procura pelo não agravamento das situações de desigualdade e assimetria entre os cônjuges.

Terá o legislador conseguido finalmente elaborar uma Lei à medida da sociedade que visa regular? Ou, pelo contrário, tê-lo-á feito tão optimistamente, que dela somente resulta uma doce ilusão igualitária que, ao mesmo tempo que nos vais entorpecendo e trapaceando os sentidos, consegue o resultado único de agravar as desigualdades socialmente existentes? Qualquer cônjuge que se tenha dedicado, ao longo do

matrimónio, ao cuidado doméstico e de cuidado familiar poder-se-á, desde 2008, valer da figura do crédito compensatório, ou algo mais haverá a indagar? Terão sido os resultados alcançados pela norma tão meritórios, quanto as intenções legislativas que lhe estiveram inerentes? Ou serão múltiplas questões para escassas respostas?

Sendo este um dos tópicos merecedores da nossa atenção, por contender tão diretamente com aquela fragilidade que visamos perscrutar, não é todavia o único, e dois outros, que já tivemos inclusive oportunidade de enunciar, pelo mesmo motivo e correlação com aquela posição de maior debilidade, serão também devidamente cuidados.

Uma vez eliminada a culpa que tanto caracterizava o anterior regime e se repercutia tanto nas causas quanto nos efeitos do divórcio, acabou gerada a necessidade de repensar todos aqueles preceitos que a pressupunham, onde se enquadravam respetivamente os arts. 1790º e 1791º do CC.

Sendo verdade que ambas as normas, pelo seu cunho marcadamente sancionatório, serviam única e simplesmente aquela finalidade de sanção e, como não poderia aliás deixar de ser, eram de aplicação unilateral ao cônjuge que acabasse considerado único ou principal culpado pelo fim da relação conjugal, não é também menos verdade que o fim daquele juízo de censura e culpabilidade remetia automaticamente o nosso pensamento para a hipótese da sua também consequente eliminação; desde logo, porque qualquer dos preceitos acabava, naquele momento, despido tanto de razão de ser (por não mais se pretender qualquer tipo de sanção ou castigo) quanto de destinatário (por não mais haver quem fosse considerado culpado).

Conquanto se, a nosso ver, este raciocínio se afiguraria lógico, o mesmo não se pode dizer a propósito da visão do legislador, que não só optou pela sua manutenção como pela sua extensão a ambos os cônjuges, argumentando agora já não o propósito de punição, mas o ensejo de pretender impedir que o divórcio possa vir a consubstanciar uma forma de qualquer dos cônjuges adquirir bens à custa do outro, ou do próprio matrimónio.

Vertido nos dois preceitos supra enunciados, esse ensejo legislativo revela-se no art. 1790º por via da proibição de qualquer cônjuge receber, no momento da partilha, independentemente do regime de bens em que houver sido celebrado o casamento, mais bens do que receberia se o matrimónio tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos, e revela-se no art. 1791º por via da reversão automática que o divórcio passa a acarretar, também para ambos, de todos os benefícios recebidos ou a

receber, do outro cônjuge ou até mesmo de terceiro, em virtude do casamento ou em consideração do estado de casado, independentemente da estipulação ser anterior ou posterior à data da celebração do casamento.

O que daqui se questiona e se visa nesta investigação dar resposta é se não configurarão estas soluções verdadeiros excessos paternalistas e até mesmo graves atentados à autonomia privada dos particulares, num ramo do direito tão íntimo e tão privado como é o direito da família, assim como se coloca em causa se a redação desses preceitos se encontra em completa harmonia com a intenção expressamente consagrada no projeto de Lei n.º 509/X do legislador conseguir com este novo regime, uma maior liberdade na vida privada e mais margem de manobra individual para os cônjuges no que tange à sua vida conjugal e familiar. Compreender-se-á que a mesma lei que vem facilitar o acesso ao divórcio seja também aquela que mune o regime de soluções que, vezes sem conta, acabam por na prática punir (ou dito de outra forma: por trazer grandes desvantagens) a quem siga por esta via?

Quanto à concreta solução preconizada no art. 1790º, vislumbrar-se-á alguma razão para que o legislador se tenha achado em melhor posição que os próprios cônjuges – que, bem se note, são os maiores interessados tanto em casar-se como em divorciar-se – para decidir sobre as suas vidas patrimoniais? Até mesmo se isso implicar ir contra a vontade daqueles? E alguma razão para o legislador vir, no momento da partilha, colocar em causa a escolha do regime de bens que ele próprio não só permitiu que os cônjuges fizessem, como aliás tornou imutável, vislumbra-se? Ter-se-á o legislador esquecido que está na presença de duas pessoas adultas e, como tal, responsáveis pelas suas decisões? E a partilha feita por referência ao regime da comunhão de adquiridos, mais do que permitir que se partilhe só o que resultou do esforço comum do casal, permitirá ainda que se partilhe tudo o que desse esforço haja resultado? Será um regime de bens tão meritório assim, que justifique a sua imposição à vontade das partes?

Se várias são já as questões e inquietações que neste âmbito se levantam, a verdade é que a tendência não é a sua diminuição; pelo menos não, quando a opção legislativa passou por dilatar o seu campo de aplicação além dos matrimónios que desde 2008 se viessem a celebrar, também àqueles que houvessem já sido celebrados. O que dizer da sua aplicação a casamentos celebrados anos, ou até mesmo décadas, antes da própria entrada em vigor desta norma, que obriga que a partilha se venha agora fazer por referência a um regime de bens, que pode ser amplamente diferente do regime anteriormente escolhido pelos cônjuges? Haverá espaço, no meio de todas estas

interrogações, para o respeito dos princípios da proteção da confiança e segurança jurídicas? Ou terão estes princípios constitucionais, enquanto elementos do nosso Estado de Direito Democrático, sido esquecidos pelo legislador, levando à desconformidade com a nossa Lei Fundamental?

Pois bem, várias são já as questões despoletadas e a que este nosso estudo visa responder mas, na verdade e infelizmente, nem as questões nem as nossas inquietações findam por aqui. Também merecedora da nossa atenção é a norma do art. 1791º, em grande parte na mesma medida que o próprio art. 1790º.

Compadecer-se-á a perda automática daqueles benefícios com a vontade do doador que pode mesmo ser contrária a tal solução? E se o bem tiver já perecido, ou a esfera jurídica do doador tiver já sido extinta, *quid iuris*? Terá o legislador pensado e dado resposta a todas as contrariedades que aquela estipulação legal pode no limite despontar? E na posição, tantas vezes débil, que essa disposição pode, inesperadamente, colocar os cônjuges ou algum deles, terá pensado? E mais: não se poderá ainda equacionar que o teor da norma possa obstaculizar ao divórcio (num regime que pretendia acima de tudo tornar mais fácil o seu acesso), sempre que ele seja sinónimo para os cônjuges da perda de um significativo bem no desenhar das suas vidas?

Não pretendendo desenvolver, neste momento, qualquer das questões aqui levantadas, algo que faremos no decorrer e desenvolvimento desta investigação, pretendemos, unicamente, chamar à atenção para cada uma delas e, de certa forma, dar nota do rumo que seguirá esta nossa abordagem.

Depois de decorrida quase uma década da data da reforma que aqui figura como objeto do nosso estudo, não podemos, também aqui, deixar de salientar a sua ainda assim atualidade e pertinência. Por muito que a passagem dos anos nos crie a tentação de, à primeira vista, considerar a abordagem fora de tempo, argumentamos desde já, que não deve a sua atualidade ser medida pelo número de dias ou anos que da entrada em vigor do diploma tenham passado, desde logo porque, do que aqui se trata, não é de noticiar a intervenção legislativa (caso em que realmente pecaríamos pela desatualização), mas antes de cuidar das questões que mesmo uma década depois continuam ou por responder ou com uma resposta, a nosso ver, insuficiente ou indesejável.

Sem duvidar da pertinência do estudo que desenvolvemos e aqui pretendemos fazer espelhar, salientamos a extrema importância de um esclarecimento tão adequado quanto eficaz da temática em análise, figurando como nossos principais objetivos, além

da concreta resposta às questões supra levantadas, também uma transparente avaliação da resposta que esta reforma divorcista vem dar à realidade familiar dos nossos dias, feita especialmente com base num termo comparativo entre aqueles que foram os anseios vertidos pelo nosso legislador na exposição de motivos do projeto de Lei n.º 509/X que precedeu a alteração legislativa, concretamente ao nível daqueles três efeitos patrimoniais e aqueles que foram os frutos por si verdadeiramente alcançados, através das concretas soluções legais desenhadas.

Sabendo que muito diferem tanto a teoria da prática, quanto as regras, geral e abstratamente criadas, dos concretos contextos a que subseqüentemente se aplicam, acreditamos estar agora – especialmente por se acharem volvidos vários anos daquela operação legislativa – no momento ideal, para que, olhando para trás, nos seja possível enxergar e concluir mais maduramente – com maior distanciamento e menores precipitações – sobre o mérito, ou não, da reforma levada a cabo em 2008, com centralidade naqueles três efeitos patrimoniais do divórcio que perfazem o nosso objeto de estudo.

Esperamos, no fundo, tanto quanto avaliar se a prática legislativa veio de encontro aos desígnios que tão expressamente pretendia servir, averiguar ainda se terá também vindo de encontro aos verdadeiros interesses e da nova conceção de família, que se tem vindo a redesenhar entre nós.

Creemos, fortemente, que esta nossa busca pessoal por um maior sentido de justiça e proteção dos mais frágeis, bem como a eminente pertinência do estudo, não poderão ser colocados em causa. Não enquanto valores como a autonomia privada, a certeza e segurança jurídicas e a própria família forem bens constitucionalmente protegidos. Não enquanto esta última continuar a ser um dos pilares da nossa sociedade e couber tanto ao Estado, quanto a nós (sociedade), a sua proteção, nos termos do n.º 1 do art. 67º da nossa Lei Fundamental. Não enquanto este novo regime (na verdade não tão novo quanto isso) continuar a suscitar tantas inquietações.

2. Sistematização de Conteúdos

Dividida em quatro capítulos, começaremos a nossa exposição, no primeiro deles, por um enquadramento histórico, que pretende contextualizar a reforma operada em 2008 na linha evolutiva do divórcio em Portugal e na sociedade portuguesa. Procura-se,

com esta abordagem, dar nota da estreita relação que tanto o atual paradigma dos efeitos patrimoniais do divórcio, como a concreta posição jurídica do cônjuge mais fragilizado apresentam não só com o instituto do divórcio, mas com toda a trajetória histórica que se encontra por detrás da sua evolução. Ora, é precisamente por ser tão importante e ser dado por nós tanto ênfase ao contexto histórico português, que pretendemos, desde já, ressaltar a exclusão do estudo nesta nossa investigação de outros ordenamentos jurídicos. Não por desvalorizamos a sua importância, de todo, mas por pretendemos concentrar todos os nossos esforços e todas as nossas atenções na situação jurídica dos cônjuges portugueses e no concreto contexto português em que foram projetadas as soluções que nos propomos analisar.

De modo a subsequentemente alcançar a redação dada pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, bem como os motivos que estiveram na base do projeto de Lei n.º 509/X, dedicaremos a primeira parte do capítulo à evolução histórico-legislativa do divórcio em Portugal anterior a 2008, ao passo que a segunda parte será dedicada à própria reforma, à intenção legislativa que lhe esteve inerente, e ainda às transformações sociais operadas em matéria de casamento e divórcio, a nosso ver, tão importantes e tão influentes quanto as mutações legais, desde logo, por frequentemente caminharem juntas.

No segundo capítulo, a nossa atenção será dedicada ao primeiro dos efeitos patrimoniais do divórcio que integra o nosso objeto de estudo. Consagrado no n.º 2 do art. 1676º do CC, o crédito compensatório figura como uma das principais alterações encetadas pelo regime: nele figurou a maior aposta legislativa para prover à proteção dos mais fragilizados, através da intenção de compensar o trabalho doméstico amplamente desenvolvido pelas mulheres portuguesas no seio familiar.

Para uma melhor compreensão deste instituto, dedicar-nos-emos, num primeiro momento, à histórica divisão de tarefas, bem como aos motivos que estiveram na sua base e fizeram do cônjuge mulher, ao longo de todos os tempos, a mais onerada com as tarefas domésticas e o cuidado dos dependentes. Debruçar-nos-emos ainda acerca do papel desempenhado pelo direito, que primeiramente se assume como um dos principais criadores daquele desequilíbrio e posteriormente reúne amplos esforços para o combater, bem como acerca da caracterização daquele que é o dia a dia das mulheres que atualmente delineiam a nossa sociedade e da conseqüente necessidade sentida pelo nosso legislador de, em pleno século XXI, voltar a intervir numa matéria que há tanto se pretendia resolvida.

Dedicada à problemática do trabalho realizado em contexto familiar, essa primeira parte do capítulo, será seguida de uma segunda parte, que cuidará da análise do próprio instituto que lhe veio dar resposta: o crédito compensatório, onde nos concentraremos, mais diretamente na própria letra e mérito da Lei, para que, dessa forma, seja possível perceber se o legislador foi ou não capaz de dar resposta à preocupação e tão aclamada exigência de compensar o trabalho desenvolvido no seio familiar, ou se, em sentido diverso, as preocupações tão mais se agravaram com a sua intervenção.

Não tendo o crédito compensatório sido, enfim, o único instituto que pelas suas alterações acabara por se repercutir patrimonialmente na vida dos cônjuges, uma vez finda a sua análise, a nossa atenção ver-se-á direcionada no capítulo seguinte, o terceiro, para dois outros preceitos que, por motivos de ordem sistemática e por muito se assemelham nos seus fundamentos, decidimos abordar conjuntamente.

Falamos aqui respetivamente dos arts. 1790º e 1791º do CC – atinentes à nova forma de partilha do património comum por referência ao regime da comunhão de adquiridos e à perda de todos benefícios que qualquer dos cônjuges tenha já recebido ou houvesse a receber em vista do casamento, ou por consideração ao estado de casado, independentemente de serem provenientes do outro cônjuge ou de terceiro – ambos fruto de similares e expressivas modificações, que se refletem até mais a nível prático do que da própria letra legal.

Sabendo que se pretendeu criar um regime conduzido pela ideia de individualização, enquanto expressão do ideário de cada um assumir para si as escolhas da sua forma de encarar e viver a sua vida privada, e se quis enaltecer a maior liberdade neste último plano e a maior margem de manobra individual no que concerne à condução da vida conjugal e familiar, na primeira parte deste capítulo centrar-nos-emos no papel assumido pela autonomia da vontade neste ramo tão íntimo e privado e na regulação das relações patrimoniais entre os cônjuges, passando desde o aprofundamento da maior forma da sua expressão, no âmbito do direito matrimonial: a escolha do regime de bens em convenção antenupcial e os respetivos princípios da liberdade e imutabilidade que a atravessam, até ao momento da cessação das relações patrimoniais, onde se insere a partilha. Para a segunda parte acaba reservado o confronto daquela autonomia privada, enquanto princípio basilar do nosso ordenamento jurídico, com a redação e os resultados prosseguidos pela aplicação legal dos arts. 1790º e 1791º do CC, bem como o confronto da aplicação da Lei no tempo com alguns dos princípios vigentes na nossa ordem constitucional.

Se nos primeiros capítulos se aborda, de modo individualizado, cada uma das questões, até mesmo a partilha e a perda de benefícios, não obstante estas últimas serem abordadas dentro do mesmo, tal já não acontecerá no último capítulo, onde se deve esperar nada menos do que uma eclosão de todas as contrariedades resultantes a nível dos efeitos patrimoniais do divórcio por nós abordados e a nível da posição jurídica em que é deixado o cônjuge mais fragilizado da relação. O que com este capítulo se pretende é, enfim, mais do que cuidar individualmente das inquietações que uma ou outra norma nos suscitam, chamar a atenção para o facto da aplicação de todas elas ser conjunta, e o maior dos problemas residir precisamente nessa junção. Isto é: mais do que averiguar em que medida a aplicação de determinado preceito pode colocar os cônjuges, em especial o mais débil, numa posição jurídica de ainda maior fragilidade, o que se procura é averiguar em que medida a aplicação, não de determinada norma, mas de todo o novo regime jurídico do divórcio, na sua universalidade, influirá naquelas mesmas posições jurídicas, mantendo-se a tónica no mais fragilizado dos cônjuges.

Nesse capítulo final, o quarto, deve esperar-se, em suma, uma perspectiva dotada de uma completa, séria e profunda reflexão crítica sobre os feitos alcançados pela última grande intervenção legislativa no regime divorcista português, e sobre aquela que é, ou deveria ser, uma justa gestão dos efeitos patrimoniais do divórcio, por forma a possibilitar, na maior e melhor medida possível, a tutela daqueles que mais necessitarem.

Também estruturado em duas partes, a primeira será destinada à construção de uma hipótese prática por nós imaginada, mas longe de ser inimaginável, e à concreta resposta legal concebida pelo ordenamento jurídico. Dada a dificuldade de reunir num só acórdão todas as questões que compõem o nosso objeto de estudo, por opção pessoal preferimos desenvolver uma situação hipotética, em detrimento da utilização de fontes jurisprudenciais, de modo a conseguir uma maior maleabilidade e complementaridade possível, que nos permita desenhar e levantar, numa só situação, todas as questões a que pretendemos dar resposta e, assim, enriquecer e dar cumprimento ao nosso primordial objetivo: verificar da situação jurídica em que patrimonialmente a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, deixa o cônjuge mais fragilizado da relação.

Já quanto à segunda parte deste capítulo, que em concreto corresponde à última parte da nossa investigação, imediatamente anterior às considerações finais, será dedicada ao tratamento da posição de debilidade, frequentemente ocupada pelo cônjuge mulher e pela conseqüente desmistificação da plena igualdade entre os cônjuges, bem

como ao tratamento da coerência legislativa (ou falta dela), que o regime no seu todo revela, terminando com algumas notas sobre a relação entre o direito da família e as chamadas crises familiares.

II. O DIVÓRCIO EM PORTUGAL

Abordar a questão dos efeitos patrimoniais do divórcio e cuidar da posição jurídica em que é deixado o cônjuge mais fragilizado da relação, aquando da dissolução do vínculo matrimonial, não poderia deixar de implicar um breve estudo sobre a principal linha evolutiva do divórcio no nosso ordenamento jurídico. Até porque, os seus efeitos patrimoniais, bem como a posição jurídica daquele cônjuge, se encontram estreitamente relacionados com este instituto e a sua evolução. Assim, para subsequentemente chegarmos à redação da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, e aos motivos que presidiram à criação do projeto de Lei n.º 509/X, como pedra angular da sua formação, começaremos neste capítulo, por revisar alguns anos de história que nos permitam uma visão dotada de completude e espírito crítico. A esta revisão da nossa história legislativa, seguir-se-á, mais à frente, uma breve análise da evolução social, que entendemos tão importante quanto a legislativa. Sabendo que as duas, mesmo não se confundindo, estão ligadas por uma relação de interdependência, decidimos, não obstante, tratá-las em separado, cuidar delas no mesmo local.

1. Evolução Histórica do Divórcio em Portugal até à Entrada em Vigor da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro

1.1. Do código de Seabra à Lei do divórcio de 1910

Já em períodos anteriores à vigência do Código de 1867, comumente designado por Código de Seabra, se fazia constar a dissolução do matrimónio pelo divórcio, não sendo, portanto, esta uma inovação legislativa da contemporaneidade. Os romanos, que tanto influíram nas instituições jurídicas dos povos peninsulares, são um bom exemplo do uso e abuso desta figura, como forma de extinção da relação conjugal¹. Entre eles, o casamento não se caracterizava pela perpetuidade, mas antes por uma certa durabilidade, que apenas persistia enquanto também a *affectio maritalis* persistisse. Foi somente com o emergir do Cristianismo que se controlou o abuso desta prática – provocada em parte

¹ V. Antunes Varela, *Direito da Família*, 5.ª ed. revista, atualizada e completada, Lisboa, Livraria Petrony Lda., 1999, pp. 474 e 475.

pela decadência moral, o excessivo adultério e a corrupção dos costumes. Propugnava-se agora pela perpetuidade do vínculo matrimonial², por se entender que esta era uma exigência da unidade³.

Ora, era esta mesma perpetuidade que resultava da redação do Código de Seabra, concretamente do seu art. 1056º. À luz da Lei vigente, o casamento era tido como um contrato de natureza perpétua, unicamente passível de ser dissolvido por morte⁴. O que poderia acontecer era – dentro do circunstancialismo previsto nos arts. n.º 1203º, 1204º e 1219º – a sociedade conjugal ser interrompida por uma de duas formas⁵: ou pela separação de pessoas e bens⁶, ou só pela separação de bens.

Quanto ao divórcio, o tema começou por surgir nos meios universitários com maior sensibilidade à revolução francesa⁷. Foi ainda durante o período monárquico que, pela mão de Roboredo Sampaio e Mello, no ano de 1900, se introduziu a temática pela primeira vez em forma de projeto. Não se pode, no entanto, afirmar que a discussão do tema tenha sido aberta nesta mesma época, nem tão pouco em 1908, aquando da segunda tentativa pelo mesmo autor, porque nenhum dos projetos chegou a ser devidamente discutido. Na mesma altura e na mesma linha, surgem dois outros nomes estreitamente ligados à apologia do divórcio: Alberto Bramão e Luís de Mesquita.

Em obra publicada, Sampaio e Mello defende, em inícios do século XX, a necessidade de se implantar o divórcio, exaltando para tal a importância do direito à liberdade e de cada um dispor livremente de si, enquanto fundamento intrínseco da

² V. Luís da Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, vol. VII, Coimbra, Coimbra Editora, 1933, p. 9.

³ Por unidade entendia-se aqui a “fusão de dois seres num só”, neste sentido, v. Guilherme de Oliveira, “Dois Numa Só Carne”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 2, n.º3, 2005, p. 5 e Virgílio Lopes, *Divórcio em Portugal*, Lisboa, Aster, 1978, p. 20.

⁴ Eduardo dos Santos, *Direito da Família*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 1999, p. 366; Eduardo dos Santos, *Do Divórcio. Suas Causas, Processo e Efeitos*, 3.ª ed., Lisboa, AAFDL, 2003, p. 71; António Menezes Cordeiro, “A Família e a Lei na Primeira Década do Século XXI”, in AA.VV., *A Família e o Direito nos 30 Anos da Exortação Apostólica Familiaris Consortio*, sob a direção da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 153 e Eva Dias Costa, *Da Relevância da Culpa nos Efeitos Patrimoniais do Divórcio*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 79.

⁵ Cfr. Patrícia Rocha, “O Divórcio Sem Culpa”, in AA.VV., *Comemorações dos 35 Anos o Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977. Direito da Família e das Sucessões*, sob direção da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 563.

⁶ Eram causas de separação de pessoas e bens nos termos do art. 1204º: o adultério da mulher (n.º1); o adultério do marido com escândalo público, ou completo desamparo da mulher, ou com concubina teúda e manteúda no domicílio conjugal (n.º2); a condenação do cônjuge a pena perpétua (n.º3) e as sevícias e injúrias graves (n.º4).

⁷ Jorge Augusto Pais de Amaral, *Direito da Família e das Sucessões*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2015, p. 178 e António Menezes Cordeiro, “Divórcio e casamento na I República: questões fraturantes como arma de conquista e de manutenção do poder pessoal?”, *Ordem dos Advogados*. <http://www.oa.pt/upl/%7B8262df14-0c0f-4008-a485-15da3956c828%7D.pdf>, consultado a 17-06-2017, p. 73.

personalidade humana. Reitera ainda que da mesma forma que o casamento não implica necessariamente uma profunda união familiar, também não será o divórcio que, pelo simples facto de existir, provocará a desunião⁸.

Alberto Bramão, aquele que dos três impregnava no seu discurso maior radicalismo, choca diretamente com o pensamento religioso e não se coíbe de afirmar que o divórcio, visto como um mal, é um simples fruto do fanatismo católico que, pela elevada propaganda que veio encetando durante séculos, acabou por criar resistência à ideia. Insiste ainda que o divórcio em nada ataca a religião e em nada é um mal. Nas palavras do autor, o divórcio não é mais que uma espécie de errata do casamento, uma porta que se abre para evitar tragédias e crimes conjugais, sempre o casamento se haja tornado um carcere impossível de suportar⁹.

Na mesma linha de raciocínio, no seu projeto de Lei do divórcio, datado de 1910, Luís de Mesquita frisa que, não obstante a tradição teimar em nobilitá-lo, o sentimento em exaltá-lo e a religião em santificá-lo com a graça divina, ainda assim o casamento não deixa de ser uma instituição puramente humana com caráter civil: um contrato, cuja subsistência não se poderá dar a todo o custo¹⁰.

Pesem embora o mérito das iniciativas e todos os esforços despendidos, elas em nada tiveram que ver com um movimento de massas representativo das aspirações da sociedade¹¹. Há, inclusive, quem diga que o divórcio não era entre nós, à data, uma grande necessidade¹². Conquanto, nenhuma das iniciativas se revelou frutífera, e somente com a I República em 1910 se reuniram condições para que o mesmo pudesse lograr.

⁸Roboredo Sampaio e Mello, *Família e Divórcio*, Lisboa, Livraria Clássica Editora, 1996, pp. 8 e segs. escreve que "... o divórcio é antes a confirmação da dissolução da união dos conjugues cuja vida em *commum* se tornou impossível..." Para maior aprofundamento das suas diferentes tentativas de instauração do divórcio cfr. Eduardo dos Santos, *Do Divórcio. Suas Causas, Processo e Efeitos...* *ob. cit.*, pp. 71 e segs.; Eduardo dos Santos, *Do Divórcio. Suas Causas*, Porto, Elcla Editora, 1994, pp. 52 e segs. e Nuno de Salter Cid, "O Divórcio em Portugal: Antecedentes e 1.^a República", *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 8, n.º 16, 2011, pp. 19-28.

⁹Alberto Bramão, *Casamento e Divórcio*, Lisboa, Livraria Central de Gomes de Carvalho, 1908, pp. 1 e 10.

¹⁰Luiz de Mesquita, *Projecto de Lei do Divórcio em Portugal*, Lisboa, Guimarães & C.^a Editores, 1910, p. 42, demonstrando a sua maior moderação ao mesmo tempo que defende uma Lei do divórcio, salienta que ela "...precisa ser tal que dentro d'ella caibam, sem se atropellarem, a tradição e o progresso, o servilismo e a liberdade, a intolerancia e a razão, os canones e o direito civil, o crente e o cidadão; precisa ser uma lei praticavel, justa e digna para todos os Portuguezes."

¹¹António Menezes Cordeiro, "A Família e a Lei na Primeira Década do Século XXI"... *ob. cit.*, p. 154.

¹²Luís da Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, vol. VII... *ob. cit.*, p. 11.

Menos de um mês passado da Implantação da República, ainda sob a vigência do governo provisório¹³, surge pela mão de Affonso Costa, o Decreto de 3 de novembro de 1910 – vulgarmente chamado de “Lei do divórcio” – inspirado no projeto de Lei de Luís de Mesquita¹⁴. Tendo sido aprovada sem ter feito sequer parte do programa do governo e ainda antes de eleita a Assembleia Constituinte, que viria mais tarde legitimar formalmente a I República, esta Lei, entre outras – das quais constam a Lei do casamento civil e a Lei da separação das Igrejas – aparece de uma forma tão rápida, quanto despida de qualquer legitimação jurídica¹⁵.

Surgia assim a primeira Lei do divórcio em Portugal, que no seu texto admitia já duas modalidades de divórcio: o divórcio por mútuo consentimento, que poderia ser obtido pelos cônjuges que tivessem já completado vinte e cinco anos de idade e estivessem casados há mais de dois anos – conforme resultava do seu art. 35º – e o divórcio litigioso¹⁶. Quanto a este último, a Lei era já na época bastante ampla, pois apesar de somente permitir o divórcio nos casos em que expressamente o seu texto previa¹⁷ – respetivamente no seu art. 4º – consagrava já um elenco com causas tanto subjetivas, como objetivas desprovidas de culpa. O que demonstra, desde logo, o cuidado e a sensibilidade que o legislador em 1910 teve, ao conceber que também razões inimputáveis aos cônjuges, como era o caso da loucura incurável, poderiam vir a ditar o fim do matrimónio.

¹³ António Menezes Cordeiro, “Divórcio e casamento na I República: questões fraturantes como arma de conquista e de manutenção do poder pessoal?” ... *ob. cit.*, pp. 94 e segs..

¹⁴ República Portuguesa, *Lei do Divórcio Publicada no «Diário do Governo» de 4 de Novembro de 1910*, 9.ª ed., Lisboa, Imprensa Nacional de Lisboa, 1954; Vaz Ferreira, *Commentario á Lei do Divorcio (Decreto de 3 de Novembro de 1910)*, Lisboa, Aillaud/Alves/ Bastos & C.ª Editores, 1910 e A. da Silva Sousa/ João Cóias, *Lei do Divórcio Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 1961.

¹⁵ Neste sentido cfr. António Menezes Cordeiro, “A Família e a Lei na Primeira Década do Século XXI”... *ob. cit.*, p. 151 e Nuno de Salter Cid, “O Divórcio em Portugal: Antecedentes e I.ª República”... *ob. cit.*, p. 27.

¹⁶ Patrícia Rocha, “O Divórcio Sem Culpa”... *ob. cit.*, p. 564 e Eduardo dos Santos, *Do Divórcio. Suas Causas*... *ob. cit.*, pp. 57 e segs..

¹⁷ Eram causas de divórcio litigioso: o adultério da mulher; o adultério do marido; a condenação definitiva de um dos cônjuges a qualquer das penas maiores fixas dos arts. 55º e 57º do Código Penal; as sevícias ou as injúrias graves; o abandono completo do domicílio conjugal por tempo não inferior a três anos; a ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a três anos; a loucura incurável quando decorridos, pelo menos, três anos sob a verificação por sentença passada em julgado, nos termos dos arts. 419º e seguintes do Código do Processo Civil; a separação de facto, livremente consentida, por dez anos consecutivos, qualquer que seja o motivo dessa separação; o vício inveterado do jogo de fortuna ou azar; a doença contagiosa reconhecida como incurável, ou uma doença incurável que importe aberração sexual.

A Lei ocupava-se, em grande parte, de aspetos processuais, como facilmente se compreende pela novidade que o instituto consubstanciava na nossa ordem jurídica, cuidava da questão dos filhos, dos bens e dos alimentos¹⁸.

Ao que aqui mais nos interessa, no campo dos efeitos patrimoniais do divórcio, sublinhamos a previsão normativa dos arts. n.º 26º e n.º 27º do Decreto de 3 de novembro de 1910: no art. 26º, estabelecia-se que o divórcio implicava sempre a divisão dos bens entre cônjuges que, conseqüentemente, atribuía a cada um deles a propriedade plena e a livre administração daquilo que lhe ficasse a pertencer; e o art. 27º estabelecia que aquele cônjuge que houvesse dado causa ao divórcio, perderia todos os benefícios que tivesse recebido ou houvesse a receber do outro cônjuge, quer tivessem sido estipulados em convenção antenupcial ou em momento posterior. Este era um efeito com exclusiva aplicação ao cônjuge culpado, na medida em que o cônjuge considerado inocente ou menos culpado, conservaria todos os benefícios, não obstante a possibilidade de a eles poder renunciar¹⁹. Em alternativa ao divórcio, consagrava-se ainda a separação de pessoas e bens²⁰.

Estávamos na presença de uma Lei arrojada e inovadora que, por este motivo, bem como pelo contexto sociocultural atrás descrito, acabou por despoletar fortes reações e diversas tentativas: tanto no sentido de restringir o divórcio como no sentido de o eliminar²¹. Isto especialmente numa altura em que havia entrado em vigor a Constituição de 1933 e consigo o início do Estado Novo e de uma nova importância atribuída à instituição familiar²². Tínhamos agora uma Constituição que, contrariamente à Constituição de 1911, dedicava um título inteiramente à família e dava aso a que se questionasse a harmonia da Lei do divórcio com os novos princípios conformadores do

¹⁸ António Menezes Cordeiro, “A Família e a Lei na Primeira Década do Século XXI”... *ob. cit.*, pp.152 e segs..

¹⁹ No caso de optar pela renúncia, prescrevia o art. 27º da Lei que, havendo filhos, a renúncia somente poderia fazer-se a favor destes.

²⁰ A separação de pessoas e bens vinha regulada concretamente nos arts. 43º até 49º da Lei. Ao cônjuge inocente era concedida, pelo art. 41º, a possibilidade de optar entre esta ou o divórcio.

²¹ Uma das tentativas para abolir a Lei do divórcio, ocorreu em 1935, quando o deputado José Maria Braga da Cruz apresentou à Assembleia Nacional um projeto nesse sentido, sustentando que para proteger a família, tal como consagrava a Constituição, haveria desde logo que condenar-se o divórcio enquanto elemento de dissolução familiar que era. Mas este não foi o único ataque desferido ao divórcio. À tentativa da sua abolição somaram-se outras, agora no sentido da sua restrição: falamos do projeto para reformar as leis da família, também em 1935 de Artur Mendes de Sousa e Távora e do projeto de Lei da autoria dos deputados Luís da Cunha Gonçalves e Ulisses Cruz de Aguiar Cortês no ano imediatamente seguinte. Para um maior aprofundamento do teor de cada um destes projetos cfr. Eduardo dos Santos, *Do Divórcio. Suas Causas, Processo e Efeitos...* *ob. cit.*, pp. 85 e segs. e Nuno de Salter Cid, “O Divórcio em Portugal Durante o Estado Novo”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 9, n.º 16 e 18, 2012, pp. 15-35.

²² Eduardo dos Santos, *Do Divórcio. Suas Causas, Processo e Efeitos...* *ob. cit.*, pp. 28 e segs..

Estado. Em debate estavam, por um lado, ideais divorcistas e, por outro lado, ideais anti divorcistas²³. Estes últimos, por parte daqueles que arrogavam que a defesa da unidade e estabilidade familiar só se podia conseguir através da perpetuidade do vínculo matrimonial.

1.2 Da Concordata entre a Santa Sé e o Estado português ao CC de 1966

Apesar das tentativas encetadas, de cariz mais conservador, no sentido de eliminar ou restringir o divórcio, a verdade é que a Lei de 1910 se mantivera praticamente intacta e em vigor durante algumas décadas, concretamente até à celebração da Concordata entre a Santa Sé e o Estado Português, a 7 de maio de 1940. A legislação concordatária influía agora na ordem jurídica interna em dois pontos ditos cruciais: em primeiro lugar, vem-se atribuir validade civil aos casamentos celebrados catolicamente, incluindo aqueles anteriores à Concordata²⁴, em segundo lugar, vem vedar-se àqueles que optassem por casar catolicamente, depois de 1 de agosto de 1940, a possibilidade de virem posteriormente a divorciar-se²⁵. Quanto aos casamentos civis, a possibilidade de divórcio manteve-se inalterada. Quer isto dizer que, para aceder ao divórcio, passou a distinguir-se conforme estivéssemos na presença de um casamento católico ou civil²⁶. Como forma de sustentar esta dualidade de regime, argumentava-se que aqueles que decidissem casar catolicamente, estando conscientes das consequências desta decisão,

²³ Para um maior aprofundamento acerca desta querela, isto é, dos argumentos à data apresentados por divorcistas e anti divorcistas cfr. Antunes Varela, *Direito da Família...* ob. cit., pp. 477 e segs. e Luís da Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, vol. VII... ob. cit., pp. 12 e segs..

²⁴ Aqueles casamentos que tivessem sido celebrados, somente canonicamente, antes da sua entrada em vigor, podiam agora ser transcritos e produzir os mesmos efeitos do casamento civil, assim previam os arts. XXII e XXIII da Concordata. De notar a significativa importância desta alteração, atendendo que desde 1910, com a Lei do casamento civil, não era atribuída qualquer eficácia legal ao matrimónio religioso. V. Eva Dias Costa, *Da Relevância da Culpa nos Efeitos Patrimoniais do Divórcio...* ob. cit., pp. 85 e segs. e Eduardo dos Santos, *Do Divórcio. Suas Causas, Processo e Efeitos...* ob. cit., pp. 97 e segs..

²⁵ Assim resultava do art. XXIV da Concordata, que se reitera uma vez mais ser somente se aplicar aos casamentos católicos celebrados depois de 1 de agosto de 1940, dado o seu carácter não retroativo. V. Eduardo dos Santos, *Do Divórcio. Suas Causas, Processo e Efeitos...* ob. cit., pp. 97 e segs. e Patrícia Rocha, “O Divórcio Sem Culpa”... ob. cit., p. 565.

²⁶ Escrevia a propósito Francisco Lumbrals Sá Carneiro, “A Proibição de Dissolução dos Casamentos Canónicos por Divórcio no Novo Código Civil”, Separata da *Revista dos Tribunais*, n.º 1817, Porto, 1966, p. 10 que “Desde que o divórcio é admitido, a ele devem ter direito todos os cidadãos, sem que seja lícita qualquer distinção, designadamente em razão da fé religiosa que professem e que publicamente manifestem. Mas, em virtude da sua fé e a consequente forma canónica do seu casamento, os católicos vêem-se, entre nós, privados do direito ao divórcio...”, e acrescenta ainda que “A Concordata, recorrendo à renúncia presumida do direito ao divórcio, permitia torpear o escolho da inconstitucionalidade material, que surge ante a norma do art. 1790.º do Cód. Civ....”.

renunciavam desde logo à possibilidade civil de requerer o divórcio. Optar pelo casamento católico, equivalia a optar por um casamento indissolúvel²⁷.

Face ao exposto, se outras tentativas no sentido de eliminar ou restringir o divórcio não vingaram, a celebração da Concordata, pelo contrário, foi o materializar de um “...duro golpe no divórcio, praticamente equivalente à respectiva abolição.”²⁸.

Foi na vigência deste quadro que entrou em vigor o CC de 1966, vulgarmente caracterizado pelo seu cariz excessivamente conservador e por representar um retrocesso no regime divorcístico português²⁹. Este código incorporou os preceitos concordatários e manteve a proibição aos casados catolicamente, depois de 1 de agosto de 1940, acederem ao divórcio (art. 1790º). Mas a ação do legislador de 1966 não ficou por aqui: também os casamentos civis viram o seu acesso ao divórcio dificultado. Em primeiro lugar, foram eliminadas as causas de divórcio objetivas que a Lei do divórcio de 1910 consagrava, acolhendo-se assim um puro sistema de divórcio sanção (arts. 1778º e 1792º); em segundo lugar, o divórcio por mútuo consentimento deixava de poder ser obtido pela via direta, o que implicava que os cônjuges que agora o pretendessem, tivessem que num primeiro momento pedir a separação judicial de pessoas e bens, reconvertível passados três anos em divórcio (art. 1793º) e ainda, por último, vem conceder-se ao juiz, quando as circunstâncias do caso o aconselhassem, a possibilidade de decretar a separação, mesmo que o pedido tenha sido de divórcio (art. 1794º)³⁰.

O tom especialmente sancionatório do divórcio, preconizado pelo CC na sua versão originária, era sentido não só quanto às causas de divórcio, como tivemos já oportunidade de referir, mas também quanto aos seus efeitos. O cônjuge portador da culpa pelo fim da relação conjugal via a sua posição jurídica especialmente afetada, sobretudo em termos patrimoniais (art. 1783º). Neste campo, começamos por dizer que mantendo a mesma finalidade sancionatória – atendendo ao carácter unilateral do artigo – se manteve a perda de benefícios, já legislativamente consagrada em tempos anteriores,

²⁷ Patrícia Rocha, “O Divórcio Sem Culpa”... *ob. cit.*, p. 565.

²⁸ Neste sentido, Eva Dias Costa, *Da Relevância da Culpa nos Efeitos Patrimoniais do Divórcio...* *ob. cit.*, p. 86.

²⁹ Eva Dias Costa, *Da Relevância da Culpa nos Efeitos Patrimoniais do Divórcio...* *ob. cit.*, p. 87.

³⁰ Guilherme de Oliveira, “O Regime do Divórcio em Portugal. A Propósito do Novo Projecto Espanhol – Um Caso de “Paralelismo Espontâneo”?”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 2, n.º4, 2005, pp. 8 e 9; Francisco Pereira Coelho/ Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5.ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 686; Eva Dias Costa, *Da Relevância da Culpa nos Efeitos Patrimoniais do Divórcio...* *ob. cit.*, p. 88; Jorge Augusto Pais de Amaral, *Direito da Família e das Sucessões...* *ob. cit.*, p. 178 e ainda Eduardo dos Santos, *Direito da Família...* *ob. cit.*, p. 367.

designadamente na Lei do divórcio de 1910. A perda de benefícios mantinha-se, mas agora com uma diferença: passa-se a contemplar que o cônjuge culpado ou maioritariamente culpado pelo fim da relação conjugal perdia não só os benefícios recebidos ou a receber do outro cônjuge, em vista do casamento ou em consideração do estado de casado, mas também aqueles que proviessem de terceiro (art. 1685º). Não ficando por aqui, a este efeito soma-se ainda um outro de especial relevo: previa o art. 1784º deste código, que o cônjuge que fosse declarado culpado ou principal culpado não poderia na partilha vir a receber mais do que receberia se o seu casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos. Pretendia-se deste modo, ao mesmo tempo que se salvaguardava a posição jurídica do cônjuge inocente ou menos culpado, impedir que aquele que deu causa ao fim do casamento, saísse dele patrimonialmente beneficiado.

Ainda acerca da vertente patrimonial que se estabelece entre os cônjuges, esta é também a data em que se assinala uma grande mudança: altera-se o regime supletivo de bens. Diferentemente do regime supletivo da comunhão geral de bens, que até então vigorava, a partir de 1966 o regime supletivo passou a ser o regime da comunhão de adquiridos³¹.

1.3 Do protocolo adicional à Concordata à reforma de 1977. Breves notas sobre a evolução subsequente

Foi com a queda do regime ditatorial, em abril de 1974, que no seio de profundas alterações na conjuntura nacional em termos políticos, económicos e sociais, se vieram a criar as condições necessárias para que também, em termos legislativos, pudéssemos assistir a importantes transformações. Assim, depressa surgiram negociações entre o Estado e a Santa Sé, no sentido de repensar o teor da Concordata³². Destas negociações surgiu, em fevereiro de 1975, a assinatura do Protocolo Adicional à Concordata de 1940, que procedia à alteração do seu art. XXIV: modifica-se a disposição que não

³¹ Acerca das razões que presidiram a esta mudança e no que toca ao debate gerado na época da adoção deste novo código, dedicaremos a nossa atenção mais à frente, invocando os motivos que a doutrina vem proferindo a favor e contra de cada um dos regimes.

³² Eva Dias Costa, *Da Relevância da Culpa nos Efeitos Patrimoniais do Divórcio...* ob. cit., p. 88.

permitia que os casamentos católicos se dissolvessem por divórcio, passando a admitir-se esta possibilidade.³³

Esta alteração viera integrar o direito interno por via do DL n.º 261/75. Este DL, além de revogar os arts. 1790º e 1794º do CC, ambos referidos acima; volta ainda a admitir a possibilidade do divórcio por mútuo consentimento ser conseguido por via direta, suprime o prazo de três anos para a separação se poder converter em divórcio e acrescenta duas novas causas de divórcio e separação de pessoas e bens ao art. 1778º, nomeadamente: “o decaimento em acção de divórcio ou separação na qual tenham sido feitas imputações ofensivas da honra e dignidade do outro cônjuge” [al. g)] e “a separação de facto livremente consentida, por cinco anos consecutivos” [al. h)]. Realça-se que a recuperação desta última alínea, já admitida na legislação de 1910 (apesar do prazo ter agora sido reduzido de dez para cinco anos) marcou novamente a passagem de um sistema de divórcio exclusivamente baseado em causa subjetivas, aliadas à ideia de culpa numa vertente puramente sancionatória, para um sistema que readmite uma causa objetiva: a separação de facto³⁴. Aliada à ideia de divórcio sanção, soma-se a vertente do divórcio rutura.

Depois das alterações em 1975, não tardou muito a que o direito da família voltasse a sofrer transformações, ainda em virtude da revolução democrática de 1974. Desta feita, as mutações foram trazidas pela Constituição de 1976, doravante designada de CRP. Trazendo consigo novos princípios e novos valores, dispunha no seu art. 293º, que o direito a ela anterior, só se manteria dependendo da sua conformidade à nova Lei Fundamental. Foi precisamente neste contexto e por este motivo, que no ano de 1977, o CC sofrera uma ampla reforma, com profundos reflexos em matéria do direito da

³³ Os casados catolicamente podiam agora divorciar-se, acabando-se com a discriminação que até então existia. Não obstante, a Santa Sé, na nova redação do preceito, relembra que àqueles que hajam contraído matrimónio canónico incumbe o dever de não requererem o divórcio. Aos olhos da ordem canónica, o casamento católico, até então indissolúvel, indissolúvel continuava a ser, “De modo que, se um católico quer ficar bem com as suas convicções religiosas, tem de recorrer às instâncias eclesiásticas para obter a declaração de nulidade...” Eduardo dos Santos, *Direito da Família... ob. cit.*, p. 368. Este dever, todavia, “...passou a ser um puro dever de consciência, um dever perante a Igreja e não perante o Estado.” Francisco Pereira Coelho/ Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família... ob. cit.*, p. 687.

³⁴ Quanto à al. h), devido a embaraços que a sua interpretação causara nos tribunais, a sua redação viera, pouco tempo depois, a sofrer alterações com o DL n.º 561/76, de 17 de julho, passando então a prescrever como causa: “a separação de facto por seis anos consecutivos”. Ainda no mesmo ano, o DL n.º 605/76, de 24 de julho, baixou o prazo de duração do casamento exigido para poder ser requerida a separação de pessoas e bens por mútuo consentimento, de três para dois anos. Cfr. Eduardo dos Santos, *Direito da Família... ob. cit.*, pp. 368 e 369 e Francisco Pereira Coelho/ Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família... ob. cit.*, p. 687.

família e das sucessões³⁵. O simples consagrar, no n.º 3 do art. 36º da CRP, do princípio da igualdade entre os cônjuges foi o bastante para que grande parte do regime, até então em vigor, fosse colocado em causa. Este princípio veio, por um lado, munir de inconstitucionalidade todas as normas desigualitárias que o ordenamento jurídico preceituava e, por outro lado, atribuir ao legislador ordinário a tarefa de reorganizar o regime jurídico, para que se passasse a reconhecer os cônjuges enquanto seres iguais com a mesma dignidade, acabando com a distinção de papéis e qualquer posição hierárquica entre eles³⁶.

Além do enorme mérito desta reforma para o direito da família, nesta matéria, algumas outras transformações por si operadas, haverá a evidenciar: quanto ao divórcio por mútuo consentimento, em primeiro lugar, deixava agora de se exigir qualquer requisito mínimo de idade para os cônjuges; em segundo lugar e em sentido oposto, aumentou-se de dois para três anos o tempo de duração mínima do casamento e ainda, em terceiro lugar, passou a condicionar-se o decretamento deste divórcio, à homologação judicial de alguns acordos dos cônjuges, sobre temas de especial relevância: como a questão dos filhos, dos alimentos e da casa de morada de família (enquanto no regime anterior o único exigido era o acordo inicial sobre os filhos)³⁷. Ainda acerca destes acordos, e por tanger o objeto desta investigação, salienta-se a tentativa feita, aquando da reforma – apesar de ela não ter logrado – de se exigir também um acordo prévio sobre a partilha dos bens dos cônjuges³⁸.

No que tange ao divórcio litigioso – a outra modalidade de divórcio admitida – as causas adotadas distinguiam duas ordens de razão: a violação culposa dos deveres conjugais e a rutura da vida em comum. Relativamente à primeira, optou-se aqui por substituir o catálogo de causas específicas, típicas e subjetivas por uma cláusula genérica. E, relativamente à segunda opção – da qual já fazia parte a separação de facto por seis anos consecutivos – acrescentaram-se duas novas causas: a ausência sem motivos por tempo não inferior a quatro anos e a alteração das faculdades mentais do

³⁵ Isabel Magalhães Collaço, “A Reforma de 1977 do Código Civil de 1966. Um Olhar Vinte e Cinco Anos Depois”, in AA.VV., *Comemorações dos 35 Anos o Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977. Direito da Família e das Sucessões*, sob direção da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 18 e segs..

³⁶ Guilherme de Oliveira, “Dois Numa Só Carne”... *ob. cit.*, pp. 8 e segs. e Isabel Magalhães Collaço, “A Reforma de 1977 do Código Civil de 1966. Um Olhar Vinte e Cinco Anos Depois”... *ob. cit.*, pp. 19 e segs..

³⁷ Guilherme de Oliveira, “O Regime do Divórcio em Portugal. A Propósito do Novo Projecto Espanhol – Um Caso de “Paralelismo Espontâneo”?”... *ob. cit.*, p. 9.

³⁸ Acerca da discussão desta possibilidade v. Isabel Magalhães Collaço, “A Reforma de 1977 do Código Civil de 1966. Um Olhar Vinte e Cinco Anos Depois”... *ob. cit.*, p. 30.

outro cônjuge, quando se prolongasse por mais de seis anos e a sua natureza comprometesse, pela gravidade, a possibilidade de vida em comum³⁹.

Face ao exposto, podemos afirmar ter saído da reforma de 1977, um regime divorcístico que, quanto às causas, apresenta uma maior amplitude que o anterior. O sistema português aproximava-se agora de um sistema de “divórcio constatação da rutura” do casamento. Ainda assim não o fazia na sua plenitude, dado o vasto papel que a culpa continuava ainda a desempenhar⁴⁰. Foi também nesta altura – ao contrário do que até então vinha acontecendo, e por haver mais divórcios que separações, bem como pelo facto de todas estas últimas serem convertíveis em divórcios – que se entendeu preferível que a regulamentação do divórcio fosse agora mais completa e precedesse a separação. Isto especialmente de forma a demonstrar a preferência do legislador daquele por esta⁴¹.

Posto isto, e por ser esse o cerne da nossa investigação, atenhamo-nos agora a alguns aspetos patrimoniais do divórcio saídos desta ampla reforma. Apesar de, quanto às causas, estarmos agora na presença de um regime misto, não exclusivamente atido à ideia do divórcio enquanto sanção – até porque se vislumbravam já causas de cariz objetivo, desprovidas de qualquer juízo de culpabilidade – a verdade é que, a culpa desempenhava e continuou, após a reforma de 1977, a desempenhar um papel de especial relevo em sede do divórcio litigioso. Este facto é particularmente notório quando analisados os efeitos patrimoniais que o divórcio acarreta para os ex-cônjuges, na medida em que, no seguimento do que já vinha acontecendo no regime anterior, se continuam a prescrever sanções de aplicação unilateral ao cônjuge que tenha tido a culpa ou maior parte dela. São novamente exemplos disso a perda de benefícios e a partilha, reenquadrados respetivamente, nos arts. 1790º e 1791º do CC⁴². Estes artigos,

³⁹ Entre outros, v. Eduardo dos Santos, *Do Divórcio. Suas Causas, Processo e Efeitos...* ob. cit., pp. 117 e segs..

⁴⁰ Passamos na verdade a ter um sistema misto, onde coexistiam causas tanto de natureza objetiva como subjetiva. Persistiam resquícios de um sistema sancionatório, temperados agora, com uma ideia de divórcio remédio por um lado, e divórcio constatação da rutura por outro. Para um maior aprofundamento da temática, v. Eva Dias Costa, *Da Relevância da Culpa nos Efeitos Patrimoniais do Divórcio...* ob. cit., pp. 97 e segs. e Guilherme de Oliveira, “A Nova Lei do Divórcio”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 7, n.º 13, 2010, p. 5.

⁴¹ Francisco Pereira Coelho/ Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família...* ob. cit., p. 688; Isabel Magalhães Collaço, “A Reforma de 1977 do Código Civil de 1966. Um Olhar Vinte e Cinco Anos Depois”... ob. cit., p. 30 e ainda Antunes Varela, *Direito da Família...* ob. cit., p. 473.

⁴² Apesar de não integrar o objeto da nossa investigação, e por esse motivo não estarem devidamente elencados juntamente com os efeitos enunciados, cumpre, ainda assim, dar nota que também em sede de prestação do direito a alimentos e de ressarcimentos de danos, assumia, à data, particular importância, no divórcio litigioso, a questão da culpa. Neste âmbito v. Antunes Varela, *Direito da Família...* ob. cit., pp.519 e segs., e ainda Eduardo dos Santos, *Direito da Família...* ob. cit., pp. 398 e segs..

não obstante o seu novo enquadramento, conservavam o mesmo teor: por um lado continuava a não admitir-se que o cônjuge culpado ou principal culpado, recebesse com o fim do casamento, quer os benefícios pretéritos ou futuros, atribuídos em vista do casamento ou em consideração do estado de casado, fosse do outro cônjuge ou de terceiro e, por outro lado, não se admitia também que esse cônjuge recebesse, aquando da partilha, mais bens do que aqueles que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos. Pretendia-se sancionar o cônjuge pelo facto de ter dado causa ao divórcio, facto que fazia com que ele não se mostrasse digno daqueles benefícios e daqueles bens⁴³.

Sendo verdade que dos preceitos acima enunciados não resulta qualquer inovação trazida pela reforma que de momento nos encontramos a analisar, não é menos verdade, que o legislador em 1977 não ficara por aqui. Como já referimos, tendo sido efetivamente no domínio do direito da família, que os novos princípios aclamados pela CRP vieram impor mais vastas e profundas alterações, sobretudo pela consagração no seu art. 36º, da igualdade de direitos e deveres entre cônjuges e da direção conjunta da família por eles⁴⁴, há ainda que aludir ao disposto no novo art. 1676º do CC, não fosse ele um evidente reflexo desse princípio.

De uma forma inovadora, passa a constar da letra da Lei que contribuir para os encargos da vida familiar é um dever que incumbe a ambos os cônjuges de igual modo, proporcionalmente às suas possibilidades e ainda que este dever poderá ser cumprido por qualquer deles, independentemente do sexo, pela afetação dos seus recursos, bem como pelo trabalho despendido no lar ou na manutenção e educação dos filhos. O respeito pela igualdade, no que tange à contribuição para os encargos da vida familiar, era de tal modo importante para o nosso legislador, que ele destinou o n.º 2 do mesmo artigo à possibilidade de um dos cônjuges ter contribuído de forma superior àquilo que lhe era exigido, admitindo, nesses casos, que esse cônjuge pudesse receber uma compensação. Acontece porém, que a este direito estava aliada uma presunção de renúncia, criando ao cônjuge o ónus de a ilidir no caso de pretender ser recompensado.

Depois de 1977, o regime jurídico do divórcio viera sofrer uma nova alteração significativa por via do DL n.º 131/95, de 6 de junho, que além de ter aprovado o

⁴³ Neste sentido, Eduardo dos Santos, *Direito da Família... ob. cit.*, p. 400.

⁴⁴ Heinrich Ewald Hörster, “Evoluções Legislativas no Direito da Família Depois da Reforma de 1977”, in AA.VV., *Comemorações dos 35 Anos o Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977. Direito da Família e das Sucessões*, sob direção da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 62 e segs..

Código de Registo Civil, veio permitir – mediante o preenchimento de determinado circunstancialismo⁴⁵ – que o divórcio e a separação de pessoas e bens por mútuo consentimento fossem requeridos e decididos nas conservatórias de registo civil⁴⁶.

A esta alteração seguiram-se, três anos depois, as modificações introduzidas pelo DL n.º 47/98, de 10 de agosto que, na ânsia de facilitar mais o divórcio, possibilitou que o divórcio por mútuo consentimento pudesse ser requerido pelos cônjuges “a todo o tempo”, ou seja, suprime-se qualquer prazo de duração do casamento; aligeiraram-se os prazos que previam as diferentes alíneas do art. 1781º do CC, relativas à rutura da vida em comum no divórcio litigioso; incrementa-se uma nova causa de divórcio ou separação, que consistia na separação de facto por um ano, se o divórcio fosse requerido por um dos cônjuges sem que o outro se opusesse e por fim, revoga-se o art. 1784º do CC, que anteriormente dava ao juiz a possibilidade de não decretar o divórcio sempre que, tendo o mesmo sido pedido com base na alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, fosse de presumir que aquele divórcio iria agravar de forma considerável o estado mental deste⁴⁷.

Em 2001, pelo DL n.º 272/2001, de 13 de outubro, os processos de divórcio e separação por mútuo consentimento passaram a ser – à exceção dos casos em que tenha havido conversão de divórcio litigioso em divórcio por mútuo consentimento – de exclusiva competência dos conservadores de registo civil, incluindo os casos em que haja filhos menores⁴⁸.

A 18 de maio de 2004, deu-se a Concordata com a Santa Sé, que mantém no seu texto o que já dispunha no art. XXIV da Concordata de 1940, na redação que adviera com a assinatura do Protocolo Adicional, a 15 de fevereiro de 1975⁴⁹.

E ainda, no ano de 2007, o DL n.º 324/2007, de 28 de setembro, que vem introduzir diversas alterações ao processo administrativo do divórcio por mútuo

⁴⁵ Exigia-se que o casal não tivesse filhos menores, ou no caso de os ter, que já se encontrasse regulado o exercício das responsabilidades parentais, na altura designadas de “poder paternal”. Cfr. Francisco Pereira Coelho/ Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família... ob. cit.*, p. 688, e Eduardo dos Santos, *Do Divórcio. Suas Causas, Processo e Efeitos... ob. cit.*, pp. 119 e segs..

⁴⁶ Tratou-se no fundo da procura por tornar o regime jurídico do divórcio mais flexível mas ainda assim sem grande impacto na taxa de divórcio. Neste sentido, cfr., Clarisse Coelho/Nuno Garoupa, “Será que a Liberalização do Regime Jurídico do Divórcio Tem Um Efeito Positivo na Taxa de Divórcio? O Caso Português”, *Legislação - Caderno de ciência de legislação*, n.º36, janeiro-março, 2004, pp. 14 e segs..

⁴⁷ António Menezes Cordeiro, “A Família e a Lei na Primeira Década do Século XXI”... *ob. cit.*, pp. 160 e 161; Jorge Augusto Pais de Amaral, *Direito da Família e das Sucessões... ob. cit.*, p. 179, e ainda Eduardo dos Santos, *Do Divórcio. Suas Causas, Processo e Efeitos... ob. cit.*, pp. 121 e segs..

⁴⁸ Eva Dias Costa, *Da Relevância da Culpa nos Efeitos Patrimoniais do Divórcio... ob. cit.*, p. 91 e Jorge Augusto Pais de Amaral, *Direito da Família e das Sucessões... ob. cit.*, p. 179.

⁴⁹ Francisco Pereira Coelho/ Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família... ob. cit.*, p. 689.

consentimento. Não analisando aqui em toda a sua amplitude, entendemos ser importante destacar alguns dos pontos de mudança: o primeiro é que, no divórcio por mútuo consentimento, caso os cônjuges pretendam, poderá incluir-se a partilha dos bens comuns do casal, e o segundo é a possibilidade agora aberta de o conservador ou os oficiais de justiça, sempre que os cônjuges assim o entendam, elaborarem os acordos, mormente: os relativos à partilha; os relativos à prestação de alimentos ao cônjuge que deles careça e ainda os relativos ao destino da casa de morada de família⁵⁰.

Em jeito de finalizar esta resenha histórica e evolutiva do regime divorcístico português, fazemos, antes de mais, constar que o regime vigente nos nossos dias sofrera, já depois de 2007, grandes alterações, respetivamente no ano de 2008, não equivalendo necessariamente o regime atualmente em vigor àquele que acabamos aqui de descrever. Por conseguinte, e por ser o objeto desta nossa investigação, a reforma de 2008, bem como as motivações que a edificaram, serão por nós alvo de um tratamento especial subseqüentemente.

2. A Reforma de 2008 e as Transformações no Seio da Sociedade Portuguesa

2.1. A intenção legislativa do projeto de Lei n.º 509/X

Sendo nosso desígnio, em momento posterior, fazer um termo comparativo entre aqueles que foram os anseios do nosso legislador e aqueles que na prática foram os resultados por si conseguidos no que tange a alguns dos efeitos patrimoniais do divórcio, dedicaremos agora esta parte do nosso estudo a uma análise breve e objetiva das alterações que, neste âmbito, o legislador português pretendeu introduzir por meio do projeto de Lei n.º 509/X⁵¹.

De modo a frisar a importância que tem para a nossa investigação aquela que foi a intenção do legislador – e sem entrar neste momento, em considerações críticas acerca do seu desempenho – seguiremos fielmente nesta análise a estrutura seguida por ele na

⁵⁰ Para uma maior completude das alterações legislativas levadas a cabo por este DL, v. Amadeu Colaço, *Novo Regime do Divórcio*, 3ª ed., Coimbra, Almedina 2009, pp. 23-27.

⁵¹ O que essencialmente se pretende nesta parte é fazer uma análise objetiva daquilo que se pretendia com a reforma de 2008, isto por entendermos que somente depois deste passo seremos colocados em posição de indagar e fazer quaisquer críticas, que sempre se pretendem construtivas, sobre o que quer que seja. Pretendemos ainda dotar o leitor de todo o circunstancialismo relevante para que também ele possa formar sem quaisquer vícios a sua opinião, e concordar, ou não, com os argumentos que mais à frente propugnaremos.

sua exposição de motivos, reproduzindo sempre que se mostrar pertinente, aquelas que foram as suas palavras⁵². Faz-se, todavia, uma ressalva: por não serem parte integrante do nosso objeto de estudo todas as alterações advindas com este projeto de Lei, algumas delas não serão por nós abordadas, designadamente as atinentes ao novo regime das responsabilidades parentais.

Dito isto, passamos sem demoras à exposição de motivos do projeto de Lei n.º 509/X, que começa da seguinte forma: “Liberdade de escolha e igualdade de direitos e de deveres entre cônjuges, afetividade no centro da relação, plena comunhão de vida, cooperação e apoio mútuo na educação dos filhos, quando os houver, eis os fundamentos do casamento nas nossas sociedades.”. Um dos primeiros cuidados vertidos nesta exposição de motivos é, desde logo, como corolário do princípio da liberdade, a percepção que ninguém deve manter o estado de casado quando essa não seja mais a sua vontade, ou quando os laços afetivos não sejam já os mesmos. Crê o legislador, que a simples invocação da rutura definitiva da vida em comum deva ser suficiente para fundamentar o pedido de divórcio. O seu pensamento nasce ainda na percepção de que à modernidade vem corresponder a ideia transformadora de que, dentro do próprio casamento, cada indivíduo deve procurar a sua realização pessoal. Como resulta do projeto, este era o tempo de apostar no bem-estar individual, enquanto condição necessária ao bem-estar familiar.

O objetivo era retomar “o espírito renovador, aberto e moderno” que havia, há cerca de cem anos, marcado a I República, procurando-se colocar a nossa legislação divorcista a par das nossas congéneres europeias⁵³.

⁵² De notar que todas as frases nesta parte citadas, sem qualquer outra referência que as distinga, se devem entender retiradas da exposição de motivos do projeto de Lei n.º 509/X.

⁵³ Em prol desta finalidade aduz-se que “...a falta de um Direito da Família harmonizado obstrui a livre circulação de pessoas e a criação de uma identidade verdadeiramente europeia e de um espaço jurídico europeu integrado. Nenhum ramo jurídico afecta tanto a essência da vida quotidiana das pessoas como o Direito da família. As diferenças significativas entre os sistemas jurídicos dentro de uma Europa sem fronteiras constituem um obstáculo grave ao desenvolvimento de uma identidade europeia comum na forma de uma cidadania europeia.”. Cfr. Katharina Boele-Woelki, “Os princípios do direito da família europeu: os seus objectivos e as suas perspectivas”, *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 3, n.º 5, 2006, p. 6. Foi no sentido de se alcançar esta unidade e uniformidade que se criou a Comissão de Direito da família Europeu, designada de CEFL (Commission on European Family Law) que tem como principal propósito a criação de princípios de direito da família europeu com o intuito de proporcionar uma propícia harmonização do direito da família em toda a Europa. Tendo refletido sobre diversos domínios, a CEFL formulou uma lista de princípios relativos ao direito ao divórcio. Esta lista de princípios pode ser consultada no documento acima citado, concretamente nas pp. 15 e segs. e ainda em Katharina Boele-Woelki, *et al.*, *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, Antuérpia-Oxford, Intersentia, 2004.

Sublinhem-se, por fim, dois outros aspetos: o primeiro tem a ver com a importância que esses princípios tiveram para a reforma de 2008, e neste contexto, Jorge Duarte Pinheiro, “Ideologias e Ilusões no Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais”, in AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Prof.*

A mudança de paradigma, no que respeita à harmonização do divórcio, é assumida nesta exposição de motivos em alguns planos fundamentais, dos quais destacamos, por um lado, a eliminação da culpa como fundamento de divórcio e o alargamento dos fundamentos objetivos da rutura conjugal, e, por outro lado, o reconhecimento da importância dos contributos para a vida familiar, seja do trabalho despendido no lar, seja dos cuidados com os filhos.

Para justificar tão profundas alterações que a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, viera implementar, neste projeto de Lei que estava na sua origem e a antecedeu, faz-se apelo a três grandes movimentos que marcaram o século XX, especialmente nos seus últimos anos: a sentimentalização, a individualização e a secularização⁵⁴.

Quanto ao primeiro deles, a sentimentalização, o legislador vem admitir que sem excluir a existência de outras dimensões relevantes da conjugabilidade e da vida familiar (como a vertente económica, contratual e patrimonial que devem continuar a ser tidas em linha de conta) “...é no entanto inegável ser a dimensão afectiva o núcleo fundador e central da vida conjugal.”. Passa a tolerar-se mal “...o casamento que se tornou fonte persistente de mal-estar.”.

Foi ainda do enaltecimento da dimensão afetiva, enquanto forma de valorização do casamento, que surgiu a intenção de se afastar a culpa como fundamento do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges – anteriormente designado de litigioso. Almejava-se com a sua eliminação, evitar que o processo de divórcio, já tantas vezes doloroso⁵⁵, não representasse um “...litígio persistente e destrutivo com medição de culpas sempre difícil senão impossível de efectivar.”.

Doutor Carlos Ferreira de Almeida, sob a direção de José Lebre de Freitas/Rui Pinto Duarte/Assunção Cristas/Vítor Pereira das Neves/Marta Tavares de Almeida, vol. III, Coimbra, Almedina, 2011, p. 487, não se coíbe de afirmar que “a convergência de soluções é tal que nem sequer é muito descabido dizer que os «trabalhos preparatórios» da lei portuguesa foram previamente publicados... em inglês.”. O segundo aspeto prende-se com o juízo de valor feito pelo confronto dos princípios da CEFL com a lei do divórcio portuguesa. A respeito pode ler-se que o legislador português deve ser elogiado pelas mudanças substanciais que introduziu: “tais mudanças estão em perfeita harmonia com a declaração da CEFL, tal como consta do preâmbulo dos seus Princípios: a nova lei do divórcio equilibra os interesses dos cônjuges e da sociedade; apoia a verdadeira igualdade de género...”, neste sentido cfr. Katharina Boele-Woelki, “A Harmonização do Direito da Família na Europa: uma Comparação Entre a Nova Lei Portuguesa do Divórcio com os Princípios da CEFL sobre Direito da Família Europeu”, in AA.VV., *Nova Lei do Divórcio*, Grupo Parlamentar do Partido Socialista, 2008, p. 47.

⁵⁴ Para uma leitura que se pretenda mais aprofundada acerca dos movimentos de sentimentalização, individualização e secularização, entre outros, podem consultar-se: Eva Dias Costa, *Da Relevância da Culpa nos Efeitos Patrimoniais do Divórcio... ob. cit.*, pp. 67 e segs. e Anália Torres, “Nova Lei do Divórcio”, in AA.VV., *Nova Lei do Divórcio*, Grupo Parlamentar do Partido Socialista, 2008, pp. 16 e segs..

⁵⁵ Entre muitos outros que se debruçaram sobre o tema, Teresa Rosmaninho, “O Conflito Entre Ex-Cônjuges e o Divórcio Emocional”, in AA.VV., *E Foram Felizes Para Sempre...? Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio. Actas do Congresso de 23, 24, e 25 de Outubro de 2008*, sob a

Não obstante a pretensão impregnada no projeto de Lei de eliminar a culpa – como viera efetivamente a acontecer com a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro – salienta-se a acuidade com que o legislador pretendeu tratar a questão, admitindo, desde logo, que isso não poderia significar que situações tanto de injustiça como de desigualdade viessem a ficar desprotegidas. Afirma, inclusive, que “é decisivo, com efeito, observar rigor no domínio das consequências, quer relativamente aos filhos, quer nas situações de maior fragilidade e desigualdade entre cônjuges.”. Foi exatamente por este motivo que o legislador em 2008, além da reparação de danos, veio prever a existência de créditos de compensação para as situações de manifesta desigualdade de contributos dos cônjuges para os encargos da vida familiar.

Quanto ao segundo movimento, o da individualização, faz-se, neste âmbito, referência à crescente afirmação dos direitos dos indivíduos na esfera familiar. Refere-se, inclusivamente, que a própria afirmação da igualdade entre homens e mulheres é um reflexo disso. Paraphrasing o nosso legislador, “maior liberdade na vida privada, mais margem de manobra individual quanto à condução da vida conjugal e familiar, maior afirmação dos direitos individuais numa relação entre pares centrada, fundamentalmente, nas lógicas afectivas, são adquiridos da modernidade.”.

Sendo visíveis na sociedade portuguesa, estes dois movimentos de sentimentalização e individualização, há ainda um outro que lhe é somado: a secularização, cujos efeitos também entre nós se fazem sentir. Em causa está a retração das referências religiosas – não o seu abandono – para uma esfera mais íntima e naturalmente com dimensões menos consequenciais noutros aspetos da vida.

Cuidadas individualmente cada uma das movimentações supra mencionadas, o legislador admite no projeto de Lei que as mudanças legislativas que surgiam, constituindo regras dotadas de generalidade e abstração, serão de aplicar a sujeitos que nem sempre estão no mesmo contexto. Reitera ainda que, “a direitos iguais correspondem muitas vezes diferentes condições sociais do seu exercício, reservando-se por isso, como sempre acontece em termos de direito, um papel muito relevante de compreensão e de adaptação da lei aos seus aplicadores.”⁵⁶. É precisamente neste

direção de Maria Clara Sottomayor/Maria Teresa Féria de Almeida, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010, p. 311 diz a propósito que “a nova lei permitirá diminuir as situações de chantagem emocional e facilitar a saída mais rápida de casamentos disfuncionais, de relações falhadas...”.

⁵⁶ A propósito exprime-se Anália Torres, “Nova Lei do Divórcio”... *ob. cit.*, p. 25, deixando bem patente que mesmo depois de trinta anos terem passado da entrada em vigor dos preceitos saídos da reforma de 1977, por nós já abordada em páginas anteriores, à igualdade consagrada não corresponde uma igualdade

encadeamento que acaba por demonstrar a sua preocupação com a igualdade de género, que não obstante estar bem patente na nossa legislação, acaba, como ele próprio admite, por não corresponder a uma igualdade de facto, havendo uma “...maior assimetria em desfavor das mulheres em horas de trabalho dentro e fora do mercado...”, aliás, “somando as horas de trabalho pago com as dos cuidados com a família, as mulheres portuguesas contribuem directamente com mais horas de trabalho do que os homens.”.

De seguida, o texto do projeto vem destacar, entre várias, três razões fundamentalmente explicativas do aumento do divórcio nos últimos quarenta anos⁵⁷. Começamos pelas recomposições sociais e económicas, atendendo ao papel de menor relevo que passaram a desempenhar, no casamento, aqueles aspetos estritamente patrimoniais. A lógica da figura patriarcal, aliada à ideia de que era a própria família que fundava o casamento (tendo em conta que era o patriarca quem decidia o casamento dos filhos), transformou-se numa lógica moderna de inversão de papéis: agora é o casamento que funda a família e não o oposto.

Em segundo lugar, alude-se à alteração do próprio modo de encarar o casamento, dado o papel central que agora ocupam os afetos para o bem-estar dos indivíduos, não se vislumbrado já razões para que eles sejam obrigados a manter o casamento “a qualquer preço”. Aceitar o divórcio não é pois um sinal de desvalorização do casamento mas sim “de valorização de uma conjugabilidade feliz e conseguida”.

Em terceiro e último lugar, argumenta-se a progressiva entrada das mulheres no mercado de trabalho, que fez com que se passasse a depender menos do casamento enquanto modo de vida. Com esta maior independência financeira veio, conseqüentemente, uma maior autonomia para colocar termo a situações “persistentemente indesejáveis”. Ora, no reverso da maior liberdade e dos menores constrangimentos neste plano da vida privada, surgem, todavia, novos problemas a que o legislador procurou dar resposta. Vejamos: se na esteira de outros países europeus a tendência a nível legislativo tem sido de “...retirar a carga estigmatizadora e punitiva que uma lógica de identificação da culpa só pode agravar.”, em contrapartida, salienta-se que se deve exigir rigor e equilíbrio aquando da gestão das conseqüências do divórcio, especialmente quando estejamos na presença de situações assimétricas e desiguais com maior fragilidade de uma das partes. Em suma, “Procura-se acautelar o

de facto. Como a autora reitera que era necessário insistir “... que o trabalho realizado pelas mulheres no contexto familiar, hoje acumulado com o trabalho que desempenham no exterior, não é valorizado no contexto do casamento e permanece ainda mais invisível quando surge o divórcio.”.

⁵⁷ Cfr. Anália Torres, “Nova Lei do Divórcio”... *ob. cit.*, pp. 27 e segs..

não agravamento de situações de desigualdade e assimetria entre cônjuges, protegendo os mais fragilizados.”. Daqui, sublinhamos a sensibilidade e preocupação com que o próprio legislador repensou esta reforma do divórcio, tendo norteado o seu pensamento de boas intenções legislativas, que haveriam de amparar o cônjuge mais carecido de proteção aquando da dissolução conjugal⁵⁸.

2.2. As alterações ao regime jurídico do divórcio operadas pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, e a sua essência

Depois de perscrutados todos os anseios que nortearam o pensamento legislativo em 2008, cumpre agora saber de que forma o legislador se propôs a dar resposta a todas as transformações sociais e a todas as evidências que tão bem soube fazer notar. Daqui destacaremos, unicamente e em termos objetivos, aquelas alterações que, mais diretamente entendemos contender com o nosso objeto de estudo e entendemos importantes para o cerne desta investigação⁵⁹, ficando assim excluídas matérias – também alvo de mutações – como a mediação familiar, reparação de danos, responsabilidades parentais, a afinidade, e até mesmo a questão dos alimentos só levemente por nós referida, opção esta que explicaremos com maior acuidade em momento posterior.

Começando pelo divórcio por mútuo consentimento, em primeiro lugar suprimiu-se a necessidade que havia de tentar uma conciliação, dado que aqueles cônjuges se encontravam de acordo quanto à dissolução do casamento e, em segundo lugar, estabeleceu-se que os acordos complementares exigidos deixam de figurar como requisito para se alcançar o divórcio, isto é: a dissolução passa somente a depender do mútuo consenso sobre o próprio divórcio em si. O que acontece é que, faltando algum desses acordos, o pedido tem que ser apresentado no tribunal para que o juiz, além de

⁵⁸ Neste sentido pronuncia-se Alberto Martins, “Prefácio”, in AA.VV., *Nova Lei do Divórcio*, Grupo Parlamentar do Partido Socialista, 2008, pp. 8 e 9, aplaudindo a nova lei do divórcio. Transcrevendo as suas palavras, afirma afincadamente que “...o novo regime acautela a comunidade familiar e protege o cônjuge mais frágil... ao nível patrimonial, reconhece-se legalmente a importância dos contributos para a vida familiar e conjugal, dos cuidados com os filhos, do trabalho dispendido no lar, bem como das opções de vida tomadas em favor da família. Pela primeira vez uma lei do divórcio contempla e valoriza o trabalho doméstico e o apoio familiar.” E acrescenta ainda o autor que “o novo regime jurídico do divórcio é, enfim, inovador e adaptado à realidade da sociedade familiar e conjugal actual.”

⁵⁹ Atente-se que nesta parte se visa simplesmente dar nota, muito brevemente, das alterações introduzidas na lei e as respetivas razões que motivaram o legislador. Mais à frente alguns dos tópicos aqui enunciados serão alvo de um estudo mais profundo da nossa parte, concretamente aqueles que contendem com os efeitos patrimoniais do divórcio e a posição jurídica do cônjuge mais fragilizado.

determinar, possa decidir sobre as questões em que os cônjuges não conseguiram entender-se (art. 1773º do CC).

Também o divórcio sem consentimento de um dos cônjuges – anteriormente designado de divórcio litigioso – sofreu profundas alterações. Foi eliminada a modalidade de divórcio por violação culposa de deveres conjugais, isto por se entender que consubstanciava uma fonte de agravamento de conflitos, bem como uma clássica forma de divórcio sancionatório que não se pretendia já perfilhar entre nós. Para obter o divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, aquele cônjuge que o pretender terá agora que trilhar um caminho de causas unicamente objetivas: é o despontar do divórcio rutura na sua plenitude. Neste novo regime, da mesma forma que ao juiz deixa de caber a determinação e graduação da culpa, aos cônjuges deixam de caber quaisquer sanções patrimoniais que sobrevinham em virtude dela.

Os prazos estabelecidos, para que os fundamentos de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges previsto no atual art. 1781º do CC (respetivamente a separação de facto, a alteração das faculdades mentais e a ausência) possam relevar, foram todos reduzidos para um ano e a estes foi acrescentada uma cláusula geral que permite atribuir relevância a outros factos, que não aqueles também demonstrativos da rutura do casamento, estes sem quaisquer prazos⁶⁰.

Posto isto, depois de colocadas a descoberto as mudanças sofridas pelos dois tipos de divórcio: por mútuo consentimento e sem consentimento de um dos cônjuges, vejamos agora aquelas que se fizeram sentir em termos patrimoniais. Na verdade, atendendo à estreita ligação que a culpa tinha com as consequências patrimoniais, uma

⁶⁰ Quanto a estes “outros factos” passíveis de demonstrar a rutura da vida em comum, tratar-se-ão daqueles de onde resulte que não é nem previsível e nem exigível que aquele casal restabeleça a vida matrimonial, sem que haja necessidade de recorrer à causa da separação conjugal que exige o decurso de um ano. Diz Guilherme de Oliveira, “A Nova Lei do Divórcio”... *ob. cit.*, p. 14, que “os actos a que os sistemas jurídicos dão relevo devem ser factos objectivos capazes de convencer o tribunal de que os laços matrimoniais se romperam, e se romperam definitivamente.” No mesmo seguimento, Rita Lobo Xavier, “Direito ao Divórcio, Direitos Recíprocos dos Cônjuges e Reparação dos Danos Causados: Liberdade Individual e Responsabilidade no Novo Regime do Divórcio”, in AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Heinrich Ewald Hörster*, sob a direção de Luís Gonçalves/Wladimir Brito/Mário Monte/Gravato Morais/Clara Calheiros/Cristina Dias, Coimbra, Almedina, 2012, p. 502, salienta que “tais factos serão apreciados «independentemente da culpa dos cônjuges», o que significa, em meu entender, não só que não haverá lugar a uma apreciação ético-jurídica do comportamento dos cônjuges, mas também, e mais importante, que o incumprimento dos deveres conjugais será apreciado de forma *objetiva*, isto é, mesmo que sejam comportamentos do cônjuge réu «desculpáveis» e, inclusivamente que o próprio autor pode alegar e provar incumprimentos que lhe são imputáveis... Os factos «que mostrem a ruptura definitiva do casamento» têm de ser objetiváveis, não pode tratar-se de simples afirmações sobre «sentimentos» ou «estados de alma»: tais «sentimentos» ou «estados de alma» terão de refletir-se em atitudes e comportamentos comprováveis.”

vez que ela foi expurgada, é evidente a necessidade sentida dessas consequências serem repensadas⁶¹.

Havendo divórcio, a partilha, prevista no art. 1790º doCC, será feita como se os cônjuges tivessem casado no regime da comunhão de adquiridos, ainda que o regime por eles convencionado tivesse sido o da comunhão geral ou qualquer outro próximo desta. Isto só no caso de divórcio, pois se o casamento se dissolver por morte, a partilha continuará a fazer-se de acordo com o regime que haja vigorado durante o casamento. O que se pretende, segundo as palavras do legislador na exposição de motivos, é evitar que o divórcio seja encarado como “...um meio de adquirir bens, para além da justa partilha do que se adquiriu com esforço comum na constância do matrimónio...”. Entendeu o nosso legislador que, a melhor forma de o fazer, é através do regime da comunhão de adquiridos. Salienta ainda, que a sua pretensão vai no sentido de abandonar o regime na altura vigente, porque, na sua forma de ver, aproveitava “...o ensejo para premiar um inocente e castigar um culpado.”.

Passa também a prever-se que, no caso de um dos cônjuges ter contribuído manifestamente mais do que lhe era exigido para os encargos da vida familiar, ele adquire um crédito de compensação a satisfazer no momento da partilha. A opção legislativa é justificada pelo seu criador através do princípio geral de que os movimentos de enriquecimento ou empobrecimento ocorridos durante o casamento “não devem deixar de ser compensados no momento em que se acertam as contas finais dos patrimónios.”.

Quanto à perda de benefícios recebidos ou a receber, em virtude do estado de casado – já de longa tradição entre nós – contrariamente ao que até então se prescrevia, passa a constar da letra da Lei que ela afetará qualquer dos cônjuges e não só o eventual culpado ou principal culpado, até porque a culpa deixa, com a reforma, de ser valorada. A razão agora apontada em nada se prende com júzos de culpabilidade mas antes “porque a razão dos benefícios era a constância do casamento”.

Por fim, algumas notas sobre o regime dos alimentos que, apesar de não estar diretamente inserido no nosso objeto de estudo, acaba inequivocamente por contender com a esfera patrimonial dos cônjuges aquando do divórcio e, não raras vezes, mexe

⁶¹ A ideia agora subjacente aos efeitos patrimoniais é a de que “...o legislador pretende um saneamento do vínculo de cariz mais objectivo, ainda que com consequências também de tipo patrimonial, porém preocupadas primordialmente com aspectos meramente equitativos e conexos com a situação material concreta dos cônjuges, face e ao tempo do desenlace.” Carlos Pamplona Corte-Real/ José Silva Ferreira, *Direito da Família. Tópicos Para Uma Reflexão Crítica*, Lisboa, AAFDL, 2008, p. 79.

com a posição jurídica do cônjuge mais fragilizado. Vem afirmar-se, nesta matéria, que é dever de cada um dos ex-cônjuges prover à sua própria subsistência, sendo a obrigação de alimentos temporária. Também aqui a culpa deixa de relevar para a sua atribuição, o que se pretende é que a questão seja reduzida ao seu núcleo fundamental: “a assistência de quem precisa por quem tem possibilidades”. De notar ainda que não se visa com ela manter o padrão de vida de que se gozou durante o casamento.

2.3 As transformações sociais em matéria de casamento e divórcio

Tendo o novo regime jurídico do divórcio resultado de fortes transformações, tanto legislativas como sociais, e sabendo que falar em divórcio implica, de certa forma, falar em casamento – até porque, desde que este último existe, há necessidade para aquele primeiro⁶² – dedicaremos agora a nossa atenção às transformações de que a sociedade portuguesa foi sendo alvo nesta matéria, em concreto: a conceção de família, de casamento, bem como a forma como foi sendo encarada a sua dissolução ao longo dos tempos.

Do modo como é entendida a família, dependem muitos outros fatores, inclusive a forma como o divórcio é concebido entre nós⁶³ pois, se há área do direito em que a neutralidade legislativa não se afigura possível, ela é, sem dúvida alguma, o direito da família. Há neste ramo, uma superior permeabilidade à de qualquer outro setor do direito. Pretendendo ou não, de uma forma mais ou menos fiel à realidade, a Lei acaba sempre, de algum modo, por ser o reflexo de uma determinada ideologia e conceção de vida, que não lhe permite ser imune aos fenómenos sociais circundantes – que visa inclusive regular – daí que ele não possa, nem deva, constituir um sistema autónomo desfasado do meio que o envolve⁶⁴. Não raras vezes, acabam efetivamente por ser as

⁶² Eva Dias Costa, *Da Relevância da Culpa nos Efeitos Patrimoniais do Divórcio...* ob. cit., p. 16.

⁶³ Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio. Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 7 e Eva Dias Costa, *Da Relevância da Culpa nos Efeitos Patrimoniais do Divórcio...* ob. cit., p. 17.

⁶⁴ Rabindranath Capelo de Sousa, “As Alterações Legislativas Familiares Recentes e a Sociedade Portuguesa”, in AA.VV., *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, sob a direção de Guilherme de Oliveira, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 524; Jorge Duarte Pinheiro, “Ideologias e Ilusões no Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais”... ob. cit., p. 475; Jorge Duarte Pinheiro, “Perspectivas de Evolução do Direito da Família em Portugal”, in AA.VV., *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, sob a direção de Guilherme de Oliveira, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 347 e Miguel Teixeira de Sousa “Do Direito da Família aos Direitos Familiares”, in AA.VV., *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, sob a direção de Guilherme de Oliveira, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 599.

normas sociais vigentes a nortear e a regular o comportamento humano⁶⁵. Desta feita, sendo a família uma realidade natural preexistente ao direito⁶⁶, sublinhando a sua constante evolução e não olvidando a influência que isso exerce na forma como o legislador a regula, vejamos algumas das principais alterações que foram emergindo.

Como tivemos já oportunidade de dar nota, grande parte da nossa história foi impreterivelmente marcada e influenciada pela sacramentalidade do casamento e a sua consequente indissolubilidade.⁶⁷ Entendia-se a família no seu todo, enquanto instituição com interesses próprios, que transcendiam os interesses dos seus membros⁶⁸. Em prol daqueles primeiros, durante várias décadas sacrificaram-se estes últimos.

Era também este o tempo em que a família se organizava e se voltava em torno da figura do marido⁶⁹. A vida familiar desenhava-se e desenvolvia-se num cenário marcadamente rígido, onde os papéis conjugais se encontravam já predefinidos⁷⁰, tanto em termos sociais como jurídicos. Ao marido cabia sempre o “papel principal” da peça, e à mulher cabia a “arrumação do palco” e a respetiva “alimentação dos atores”. Assim era e por muitos anos se continuou a entender que deveria ser, tanto na visão do “elenco” como do “público em geral”⁷¹. Podemos assim afirmar que a evolução da

⁶⁵ M.^a João Romão Carreiro Vaz Tomé, “A Esquecida Conexão Patrimonial entre o Direito da Família e o Direito da Previdência Social”, in AA.VV., *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977. Direito da Família e das Sucessões*, sob direção da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 522.

⁶⁶ Rita Lobo Xavier, *Ensinar Direito da Família*, Porto, Universidade Católica, 2008, p. 59.

⁶⁷ Diogo 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. 135 e segs.; Carlos Matias, “Da Culpa e da Inexigibilidade de Vida em Comum no Divórcio”, in AA.VV., *Temas de Direito de Família. Ciclo de Conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados*, sob a direção do Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Coimbra, Almedina, 1986, p. 71 e Eva Dias Costa, *Da Relevância da Culpa nos Efeitos Patrimoniais do Divórcio... ob. cit.*, p. 18.

⁶⁸ Eva Dias Costa, *Da Relevância da Culpa nos Efeitos Patrimoniais do Divórcio... ob. cit.*, p. 25.

⁶⁹ “O homem tinha o direito, e também o dever, de procurar realizar o seu percurso individual fora de casa, enquanto o papel reservado à mulher era o de lhe proporcionar o conforto doméstico e afectivo de que ele precisava...” Guilherme de Oliveira, “«Queremos amar-nos... mas não sabemos como!»”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 133, n.^{os} 3911-3912, junho-julho, 2000, p. 41, e ainda, neste sentido, v. Guilherme de Oliveira, “Precisamos assim tanto do direito da família? (do “panjurisme” iluminista ao “fragmentarische charakter”)", *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 10, n.^o 19, 2013, pp. 5 e 6.

⁷⁰ “Os homens adultos tomavam a responsabilidade das tarefas que pediam mais força física, o trabalho da mulher centrava-se na casa e nos seus arredores imediatos (e incluía responsabilidades como fazer o pão, preparar a cerveja ou o vinho e ordenhar) ...” Roderick Phillips, *Desfazer o Nó. Breve História do Divórcio*, trad. de Sílvia Matos, Lisboa, Terramar, 1996, p. 161 e Francisco Pereira Coelho, “Casamento e Família no Direito Português”, in AA.VV., *Temas de Direito de Família. Ciclo de Conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados*, sob a direção do Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Coimbra, Almedina, 1986, p. 10.

⁷¹ Daqui se sublinha a forma como, durante um largo período de tempo, foi unanimemente aceite pelos membros da família, bem como pela sociedade, o fenómeno da hierarquização da família, equivalente a dizer: o fenómeno da dominação masculina.

família e em concreto do instituto do casamento foram indubitavelmente marcados pelo patriarcado: um sistema de sujeição da mulher ao homem⁷², que a reduzia à quase completa incapacidade, que pouco mais lhe dava que uma vassoura e algumas panelas⁷³. Foi preciso esperar pelo século XX para que pudéssemos assistir à extinção desta subjugação no seio familiar. Na verdade, só nas suas últimas décadas se esbateu a ideia de hierarquia, tendo-se a família transformado num espaço de cidadãos livres e iguais. A posição da mulher foi de facto aquela que, no seio familiar, mais transformações sofreu⁷⁴.

Posto isto, estava então dado o primeiro passo para se repensarem os institutos do casamento e do divórcio. Marca-se a passagem para um entendimento, onde agora o casamento passa a ser “...deixado à liberdade dos cônjuges, valendo o que estes quiserem que ele valha.”⁷⁵. Também agora, na ponderação entre os interesses da família enquanto um todo e os interesses dos seus membros considerados individualmente, passam a preferir-se estes últimos em prejuízo dos primeiros. A família passa a ser um espaço, que além de igualitário, se pretende agora, de autorrealização pessoal.

É o tempo da supremacia da satisfação individual de cada cônjuge, o tempo onde o próprio casamento passa pelo ideário da felicidade, daí que a sua própria razão de ser tenha evoluído no sentido de encarar a sua extinção, como uma consequência lógica e natural, sempre que essa felicidade não seja atingida⁷⁶. Recusa-se assim o sacrifício dos

⁷² Ainda no Código de Seabra, a sociedade conjugal era puramente desigualitária, como aliás resultava do seu art. 1185º, onde se podia ler, que ao marido incumbia a obrigação de proteger e defender não só a pessoa como os bens da mulher e a esta incumbia o dever de prestar obediência ao marido.

⁷³ “No passado, a chefia familiar, como é sabido, era atribuída ao marido, enquanto a mulher se quedava pelo governo doméstico...” Carlos Pamplona Corte-Real, “Relance Crítico Sobre o Direito de Família Português”, in AA.VV., *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, sob a direção de Guilherme de Oliveira, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 113. A mulher era colocada “...sob a *manus* tanto do marido, como do respectivo patriarca ou *pater-familias*; desligava-a da sua família natural, reduzia-a a quasi completa incapacidade... a lei não lhe reconhecia direitos alguns aos bens do casal, e durante séculos, não lhe atribuiu o direito a bens próprios.” Luís da Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, vol. VI, Coimbra, Coimbra Editora, 1932, p. 46.

⁷⁴ Neste sentido v. Diogo Leite de Campos, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.ª ed. revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 1997, p. 92; Rita Lobo Xavier, *Ensinar Direito da Família ... ob. cit.*, p. 60; Eva Dias Costa, *Da Relevância da Culpa nos Efeitos Patrimoniais do Divórcio... ob. cit.*, pp. 40 e 41; Patrícia Rocha, “O Divórcio Sem Culpa”... *ob. cit.*, pp. 561 e segs..

⁷⁵ Diogo Leite de Campos, *Lições de Direito da Família e das Sucessões... ob. cit.*, p. 93.

⁷⁶ Diogo Leite de Campos, *Lições de Direito da Família e das Sucessões... ob. cit.*, p. 267.

cônjuges manterem, contra a sua própria vontade⁷⁷, qualquer vínculo – sobretudo jurídico – que os una: é o despertar da inexigibilidade da vida em comum⁷⁸.

O próprio conceito de divórcio enquanto sanção foi ultrapassado, não se vislumbrando já qualquer razão para que o divórcio seja encarado como um castigo. Esta tendência aliada ao crescente – e agora já consumado – desaparecimento da culpa, faz vingar, em toda a sua plenitude, a ideia da rutura da vida em comum como causa de divórcio. Séculos depois de lidarmos com a figura do casamento, admite-se agora, finalmente em voz alta, que todos eles “...têm potencial para entrar em crise...”⁷⁹ até porque, “a precariedade e transitoriedade do estado amoroso é uma constante na natureza humana”⁸⁰. Interioriza-se ainda que se um casamento se constitui por duas declarações de vontade coincidentes, nada será mais natural que o mesmo suceda para a sua dissolução⁸¹.

Conquanto, não podemos deixar de refletir que para aqui chegarmos, o caminho nem sempre se revelou fácil, sendo a ideia de rutura, com a amplitude que agora conhecemos, fruto de largos anos de evolução, para a qual concorreram tanto a mudança de mentalidades, como a mudança das expectativas que a própria sociedade tinha para o casamento⁸².

Rejeitando-se todos os outros caracteres que não contendam com o sentimento, surge a crescente tendência para a facilitação do divórcio, no sentido prever saídas cada vez mais rápidas e simples de casamentos que se entendiam disfuncionais por não

⁷⁷ Neste sentido, Carlos Pamplona Corte-Real/ José Silva Ferreira, *Direito da Família. Tópicos Para Uma Reflexão Crítica...* ob. cit., p. 84, afirma que “a reconversão da vida é um valor colocado acima da perdurabilidade forçada e perfeitamente desajustada de vínculos de comunhão de vida plena.”

⁷⁸ Neste sentido, Alberto Martins, “Prefácio”... ob. cit., p. 7 e Anália Torres, “Nova Lei do Divórcio”... ob. cit., p. 13.

⁷⁹ Roderick Phillips, *Desfazer o Nó. Breve História do Divórcio...* ob. cit., p. 140.

⁸⁰ Fidélia Proença de Carvalho, “O Conceito de Culpa no Divórcio – Crime e Castigo” in AA.VV., *Comemorações dos 35 Anos o Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977. Direito da Família e das Sucessões*, sob direção da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 600. Ainda na mesma página a autora faz referência a um ditado francês que tão bem exprime esta ideia: “Tout passe, tout casse, tout lasse et tout se remplace”.

⁸¹ Fidélia Proença de Carvalho, “O Conceito de Culpa no Divórcio – Crime e Castigo” ... ob. cit., p. 588.

⁸² “É uma pretensão na sociedade moderna ocidental que o amor é um elemento tão essencial ao casamento que o seu desaparecimento ameaça a sobrevivência do mesmo, não importando quão satisfatório possa ser em termos económicos, sociais ou noutros aspectos. A insistência sobre o amor romântico como uma condição prévia e parte integrante do casamento é, contudo, um desenvolvimento relativamente recente. Uma implicação disto é que as relações intensamente emocionais eram menos importantes para os casais no passado, que as expectativas daquilo a que hoje chamamos «satisfação emocional plena» eram mínimas e que o conteúdo emocional do casamento tinha tão pouco a ver com a ruptura matrimonial como com a formação do casamento.” Roderick Phillips, *Desfazer o Nó. Breve História do Divórcio...* ob. cit., p. 158.

cumprirem, entres outros, o desígnio da felicidade⁸³. É também no tecer desta linha evolutiva que se contextualiza, a agora designada, fragilização da natureza institucional do casamento. Para tal, muito contribuiu o facto da relevância do incumprimento dos deveres conjugais, com o tempo, ter vindo a desaparecer, como mais à frente teremos oportunidade de indagar⁸⁴.

A intervenção do Estado, neste ramo do direito tão íntimo e tão privado, foi sendo cada vez menos aceite, emergindo de uma forma bem patente, a conceção de que o direito só deverá intervir quando tal se justificar pela necessidade. Não sendo o sentimento suscetível de ser protegido juridicamente, quando ele termine, a Lei pode tutelar tão-somente a confiança que foi depositada naquele projeto de vida a dois. Sabendo que uma rutura pode dar lugar a injustiças, o que se visa é que elas sejam arbitradas por um terceiro imparcial. O direito da família, apontado como “o direito das crises familiares”⁸⁵ tende, cada vez mais, a tornar-se fragmentário, para regular só o mais importante⁸⁶. Ainda assim, não vemos neste, nem noutros supra enunciados fatores, a morte do casamento, como muito vulgarmente se vem propagandeando no seio da sociedade. Vemos sim a sua transformação – e outra coisa não seria de esperar de um instituto que se pretende adequado à sociedade que visa regular⁸⁷. Desta feita, o sistema jurídico familiar vem oscilando entre dois vetores: por um lado, aos valores tradicionais do passado e por outro lado, a tendência da sua aproximação às novas realidades familiares⁸⁸.

⁸³ Neste sentido, v. Rute Teixeira Pedro, “A Partilha do Património Comum do Casal em Caso de Divórcio. Reflexões Sobre a Nova Redação do art. 1790.º do Código Civil”, in AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, sob a direção de José Lebre de Freitas/Rui Pinto Duarte/Assunção Cristas/Vítor Pereira das Neves/Marta Tares de Almeida, vol. III, Coimbra, Almedina, 2011, p. 433 e Fidélia Proença de Carvalho, “O Conceito de Culpa no Divórcio – Crime e Castigo” ... *ob. cit.*, p. 589.

⁸⁴ Rute Teixeira Pedro, “A Partilha do Património Comum do Casal em Caso de Divórcio. Reflexões Sobre a Nova Redação do art. 1790.º do Código Civil”... *ob. cit.*, pp. 431-433 e Guilherme de Oliveira, “Linhas Gerais da Reforma do Divórcio”, in AA.VV., *Nova Lei do Divórcio*, Grupo Parlamentar do Partido Socialista, 2008, p. 50.

⁸⁵ Miguel Teixeira de Sousa “Do Direito da Família aos Direitos Familiares”... *ob. cit.*, p. 559. Na esteira deste autor, também Diogo Leite de Campos, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*... *ob. cit.*, p. 93, escreve que “nos momentos em que tudo funciona bem na família, a lei não é necessária para nada.”

⁸⁶ Cfr. Rosa Cândido Martins, “A Morte do Acusamento: Mito ou Realidade?”, in AA.VV., *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, sob a direção de Guilherme de Oliveira, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 223; Carlos Pamplona Corte-Real, “Relance Crítico Sobre o Direito de Família Português...” *ob. cit.*, p. 108; Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações do Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais. Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 4 e ainda Guilherme de Oliveira, “Dois Numa Só Carne”... *ob. cit.*, p. 47.

⁸⁷ Rosa Cândido Martins, “A Morte do Acusamento: Mito ou Realidade?”... *ob. cit.*, p. 233.

⁸⁸ Carlos Pamplona Corte-Real, “Relance Crítico Sobre o Direito de Família Português”... *ob. cit.*, pp. 129 e 130.

Se é verdade que o casamento evolui ao ritmo que a própria sociedade vai evoluindo, não é menos verdade que também o progresso do divórcio anda de mãos dadas com a forma como se vem encarando aquele primeiro. Falar da “questão do divórcio” nos dias de hoje, não equivale tanto a falar das suas causas, mas antes dos seus efeitos⁸⁹. Aquando do divórcio, o papel do legislador tem agora sobretudo a ver com as consequências que o fim do matrimónio acarreta. É-lhe agora exigido, que assegure aos ex-cônjuges a máxima proteção, especialmente ao que mais carecer dessa tutela⁹⁰. Apesar dessa fragmentariedade, que atualmente reveste o direito da família, importa especialmente que ele sirva o propósito de socorrer aqueles que mais frágeis e dependentes se mostrarem⁹¹.

Em suma, ao jurista e ao julgador dos nossos dias, exige-se que ele consiga fazer com que o fim da união conjugal seja sinónimo de uma repartição igualitária, tanto das vantagens como das desvantagens que se ligam à celebração do casamento.

⁸⁹ Francisco Pereira Coelho/ Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família... ob. cit.*, pp. 682 e 683.

⁹⁰ M.^a João Romão Carreiro Vaz Tomé, “Considerações Sobre Alguns Efeitos Patrimoniais do Divórcio na Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro: (in)Adequação às Realidades Familiares do Século XXI?”, in AA.VV., *E Foram Felizes Para Sempre...? Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio. Actas do Congresso de 23, 24, e 25 de Outubro de 2008*, sob a direção de Maria Clara Sottomayor/Maria Teresa Féria de Almeida, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010, p. 150.

⁹¹ A este respeito e de uma forma bastante elucidativa afirma Guilherme de Oliveira, “Precisamos assim tanto do direito da família? (do “panjurisme” iluminista ao “fragmentarische karakter”)” ... *ob. cit.*, p. 21, que “não precisamos de um direito da família total, esboçado no atelier de um engenheiro social iluminista; mas é indispensável um direito da família fragmentário que esteja pronto para intervir onde se identificarem perigos ou lesões graves de pessoas concretas, ou lesões graves da simples ideia de justiça, como se preferir dizer.”.

III. DA VALORIZAÇÃO DO TRABALHO REALIZADO EM CONTEXTO FAMILIAR AO CRÉDITO COMPENSATÓRIO

Depois de revisados alguns anos de história que precederam as alterações legislativas introduzidas no regime jurídico do divórcio em 2008, dedicar-nos-emos, agora, à análise pormenorizada de uma dessas alterações: o crédito compensatório.

Para uma melhor e mais fiel compreensão desta figura – cuja introdução o nosso legislador justificou, como tivemos já oportunidade de antever no estudo do projeto de Lei, com a necessidade de compensar o trabalho doméstico realizado no lar e o cuidado com os filhos – começaremos, na primeira parte, por tratar a histórica divisão de tarefas e perscrutar o motivo do cônjuge mulher ter sido ao longo dos tempos a mais onerada com estas funções. Cuidaremos ainda do papel que o direito teve, num primeiro momento, para perpetuar este desequilíbrio e dos seus grandes esforços, para em tempos mais recentes, tentar estabelecer a igualdade no que toca a esta repartição de funções, assim como cuidaremos da caracterização das mulheres dos nossos dias e do porquê da necessidade sentida pelo legislador, em 2008, de voltar a intervir nesta matéria.

Quanto à segunda parte, nela dedicar-nos-emos à redação da letra da Lei, à distinção do crédito compensatório de outros institutos com os quais, de uma forma mais ou menos direta, acaba por se relacionar, e por fim, cuidaremos do seu caráter (ou não) meritório. Isto é: dedicar-nos-emos a perceber se esta é ou não uma questão que se encontra resolvida desde 2008 com um ponto final, ou se, pelo contrário, algumas reticências e interrogações haverá ainda a evidenciar.

1. O Trabalho Realizado em Contexto Familiar: a sua Valorização

1.1. A divisão de tarefas entre os cônjuges e os estereótipos sociais

Conforme tivemos já oportunidade de avançar e sem intenção de nos repetir, mas simplesmente de reiterar o que já foi dito, não podemos deixar de insistir, que a divisão de tarefas entre os cônjuges no seio familiar, jamais se mostrou igualitária, pelo contrário. Ela resultou de uma longa equação, onde hierarquicamente os homens

ocupavam o topo da pirâmide e para a qual concorreram tanto o pensamento religioso⁹², filosófico e histórico⁹³, como a própria construção social.

A posição desigual e hierarquicamente inferior ocupada pela mulher durante séculos a fio⁹⁴ ficou a dever-se, em grande parte, à ideia de que historicamente não haveria dados de qualquer mulher que tivesse conseguido viver sem a proteção de um homem. Os escassos relatos, que se iam ouvindo em sentido contrário, eram unanimemente tidos como mitos ou fábulas. Assim, durante largos anos, pode dizer-se que a história nunca se escreveu no feminino⁹⁵. Tínhamos, à data, mulheres historicamente ausentes e ao que parecia, também sem alternativas futuras. Mulheres em desvantagem em termos educacionais e privadas de desenvolver o seu pensamento, como se essa fosse uma capacidade que dependesse do sexo de cada um⁹⁶. Apelava-se à ideia de complementaridade dos sexos, à visão da mulher como uma espécie de “...homem incompleto, biologicamente condenada à dependência, devido às suas múltiplas incompletudes.”⁹⁷. Cabia-lhe, nas suas funções, o governo doméstico e o cuidado dos filhos⁹⁸. Muito sucintamente, pode dizer-se que enquanto ao marido incumbia a subsistência económica da família, a ela pertencia-lhe o “reinado” do lar. Isto, claro, admitindo que se pode afirmar que à mulher pertencia alguma coisa...

Deste modo e pelo facto de a divisão de tarefas em função dos sexos ter sido, durante tanto tempo, tão funcional quanto aceite, inclusive pelo cônjuge mulher, alimentou-se vivamente a crença de que, por um lado, esta divisão de papéis

⁹² Sobre a dominação masculina no seio da religião cfr. Françoise d'Eaubonne, *As Mulheres Antes do Patriarcado*, Editorial Vega, 1977, pp. 213 e segs..

⁹³ Sobre a manifestação histórica da relação de poder entre os sexos v. Marta Santos Pais, “Direitos humanos: violência contra as mulheres”, *O Cidadão - Revista Trimestral de Direitos Humanos*, ano 2, n.º 7-8, julho-dezembro, 1994, p. 108.

⁹⁴ A respeito reproduz-se o que escreveu Teresa Pizarro Beleza, *Direito das Mulheres e da Igualdade Social. A Construção Jurídica das Relações de Género*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 88., fazendo constar que “...a desigualdade é não a mera dissemelhança, a mera diferença, mas a hierarquia, a subordinação.”

⁹⁵ E como bem relembra Maria Clara Sottomayor, “A Situação das Mulheres e das Crianças 25 Anos após a Reforma de 1977”, in AA.VV., *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977. Direito da Família e das Sucessões*, sob direção da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 83, “A história para ser verdadeira tem que ser aquela que é contada por todo o género humano: não apenas dos homens como se esses fossem a medida do humano...”

⁹⁶ Neste sentido v. Gerda Lerner, *The Creation of Patriarchy. 'May Well Be The Most Important Work in Feminist Theory to Appear in our Generation'*. *New Directions for Women*, Oxford, Oxford University Press, 1986, pp. 222 e 223.

⁹⁷ Hugo Cunha, Lança “Pinceladas sobre a condição jurídica da mulher quarenta anos depois do 25 de abril: uma análise de antropologia jurídica”, *Data Vénia Revista Jurídica Digital*, ano 2, n.º 3, fevereiro de 2015. http://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao03/datavenia03_p353-398.pdf, consultado a 17-06-2017, p. 356.

⁹⁸ António Menezes Cordeiro, “Divórcio e casamento na I República: questões fraturantes como arma de conquista e de manutenção do poder pessoal?” ... *ob. cit.*, p. 65.

correspondia à própria natureza humana, na medida em que as diferenças existentes entre os sexos pareciam justificar, por si só, o tratamento desigual entre eles e, por outro lado, que o sistema do patriarcado não era mais do que uma determinação biológica, que como tal, se entendia imutável⁹⁹.

Citando Hugo Lança, podemos inequivocamente atestar que “a coeva emancipação da mulher é a mais copérmica das revoluções do século XX.”¹⁰⁰. De facto, na cristalização desta rigorosa divisão de tarefas entre os cônjuges, o designado trabalho doméstico e o cuidado dos filhos sempre onerou, mais que aos homens, maridos e pais, as mulheres, esposas e mães¹⁰¹. Para tal, muito contribuiu o papel desempenhado pelo direito enquanto criador e produtor de hierarquias de poder e subordinação, especialmente eficaz dada a qualidade de discurso de autoridade que sempre assumiu¹⁰².

Se, por um lado, é hoje indubitavelmente aceite a visão do direito como primeiro e principal defensor da igualdade, inclusive da igualdade entre os cônjuges, ocupando este princípio um lugar de destaque na nossa Lei Fundamental, não é menos verdade que, também a ele, se deveu grande parte do historial de discriminação vivido pelas mulheres portuguesas¹⁰³. Era, aliás, isto que resultava da redação de variados preceitos vigentes na nossa ordem jurídica, exemplificativamente na Constituição de 1933, onde se previa no seu art. 5º juntamente com o princípio da igualdade, a possibilidade de serem estabelecidas diferenças quanto à mulher, em função da chamada “natureza das coisas” e do “bem-estar da família”, e ainda, na versão originária do nosso CC, onde se

⁹⁹ Maria Clara Sottomayor, “A Situação das Mulheres e das Crianças 25 Anos após a Reforma de 1977” ... *ob. cit.*, p. 79.

¹⁰⁰ Cfr. Hugo Cunha, Lança “Pinceladas sobre a condição jurídica da mulher quarenta anos depois do 25 de abril: uma análise de antropologia jurídica” ... *ob. cit.*, p. 354. Neste sentido também Maria Clara Sottomayor, “A Situação das Mulheres e das Crianças 25 Anos após a Reforma de 1977” ... *ob. cit.*, p. 80, onde se pode ler que “Historicamente, as mulheres são o grupo que mais tempo permaneceu num estatuto subordinado e que mais tardiamente criou um movimento de libertação, e ainda, hoje, são menos remuneradas do que os homens pelo mesmo trabalho; concentradas em profissões mal pagas e de menor estatuto; exploradas sexualmente, e constituem a maioria dos pobres. Para tornar a sociedade justa é necessário uma revolução, como a de Copérnico que descobriu que a terra não é o centro do universo.”

¹⁰¹ Eduardo dos Santos, *Do Divórcio. Suas Causas, Processo e Efeitos...* *ob. cit.*, pp. 22 e segs. contrapõe aquilo a que chama de “mística feminina” com a “mística patriarcal”: a primeira delas “... glorifica o papel maternal da mulher, para lhe fazer esquecer a sua renúncia, a sua clausura nas tarefas domésticas, a sua dependência económica e psicológica em relação ao marido”, ao passo que a segunda “... atribui ao homem um carisma de superioridade, por virtude das suas qualidades de inteligência, coragem e iniciativa.”

¹⁰² Teresa Pizarro Beleza, *Direito das Mulheres e da Igualdade Social. A Construção Jurídica das Relações de Género...* *ob. cit.*, p. 90.

¹⁰³ Não querendo com isto significar-se que esta seja uma questão levantada somente em Portugal, pelo contrário. Referimo-nos aqui às “mulheres portuguesas” por ser especialmente sobre elas que incide o nosso estudo.

consagrava explicitamente um modelo autoritário e hierárquico de família em função do género, com base na subordinação tanto jurídica quanto económica da mulher¹⁰⁴.

Deste modo e tendo especialmente em linha de conta que os preceitos discriminatórios anteriormente enunciados se reportam a pleno século XX, aqui se salienta o carácter ambíguo e contraditório do direito no desenhar da trajetória feminina¹⁰⁵. É deveras curioso o facto de ser tão irónica quanto verídica a afirmação de que um dos autores e grandes responsáveis pelas desigualdades entre mulheres e homens, é agora, poucos anos depois, o mais acérrimo defensor da sua igualdade¹⁰⁶. É neste contexto que subscrevemos cada palavra de Teresa Pizarro Beleza, quando ela afirma que “o Direito é um mundo estranho. Subjuga e liberta, confina e abre horizontes, cria identidades e destrói-as. Não haverá, talvez, zona do seu discurso em que seja isto mais verdade do que a da formação de relações sociais de género...”¹⁰⁷.

Ora, este fenómeno é especialmente visível comparando a anterior linguagem discriminatória com a configuração atualmente assumida pela nossa Lei. Nesta matéria, incumbe lembrar, como aliás tivemos oportunidade de ver aquando da evolução histórica do regime jurídico do divórcio, que isso muito se ficou a dever ao novo paradigma encetado, em 1976, pela CRP e conseqüentemente aos novos ideais saídos da reforma do CC de 1977, entre os quais se propugnava a preocupação de tornar a relação entre os cônjuges numa relação entre iguais. Era o tempo de democratizar as relações

¹⁰⁴ Neste âmbito, atente-se especialmente ao enorme leque de “incapacidades da mulher casada” que previa o nosso CC na sua versão original, entre as quais constava, a título meramente exemplificativo: que a mulher deveria adotar a residência do marido (art. 1672º n.º 1); que o marido era o chefe da família, e como tal, lhe competia representá-la e decidir em todos os casos da vida conjugal comum (art. 1674º); que o marido podia denunciar, a todo o tempo, os contratos lucrativos que a mulher houvesse celebrado com terceiros, incluindo o contrato de trabalho (art. 1676º n.º 2); que à mulher pertencia o trabalho doméstico (art. 1677º n.º 1); que a administração dos bens do casal, inclusive dos bens próprios da mulher, pertencia ao marido (art. 1678º n.º 1) e ainda, entre outras, que regra geral a mulher só poderia exercer o comércio mediante consentimento do marido (art. 1686º n.º 1). Conjugando todas estas normas sublinhe-se a situação de especial dependência económica em que era deixada a mulher, que além de não ver o seu trabalho doméstico ser remunerado, via ser permitido pela própria letra da lei, que o seu marido denunciasse o seu contrato de trabalho e administrasse os seus próprios bens, vendo-se assim exposta a uma total dependência económica. Acerca de tais discriminações escreve António Menezes Cordeiro, “Divórcio e casamento na I República: questões fraturantes como arma de conquista e de manutenção do poder pessoal?” ... *ob. cit.*, p. 71, que elas “... não correspondiam ao estado cultural do País, no momento em que se pretendeu a sua imposição: eram, mesmo, caricatas, manchando, sem glória, o Código Civil de 1966.”

¹⁰⁵ Quanto à diferenciação hierarquizada em função do género promovida pelo direito v. Teresa Pizarro Beleza, *Direito das Mulheres e da Igualdade Social. A Construção Jurídica das Relações de Género...* *ob. cit.*, pp. 101 e segs..

¹⁰⁶ Não pretendemos evidentemente, com esta afirmação, questionar o mérito da mudança de posição assumida pelo legislador português, louvamos até mesmo a sua coragem na mudança de direção e no trilhar deste novo caminho que agora se configura menos espinhoso e mais igualitário. Pretendemos sim e somente enfatizar a ironia deste quadro fáctico.

¹⁰⁷ Teresa Pizarro Beleza, “Género e direito: da igualdade ao direito das mulheres”, *Themis - Revista da Faculdade de Direito da UNL*, ano 1, n.º 2, 2000, p. 35.

familiares e de reconhecer a mesma dignidade a ambos os cônjuges, sem qualquer distinção ou hierarquia entre si¹⁰⁸.

Com a entrada em vigor da CRP, nasce no enunciado do n.º 3 do seu art. 36º a consagração expressa do princípio da igualdade de direitos e deveres dos cônjuges assegurando-se, pela primeira vez, a clara proibição de se discriminar as mulheres¹⁰⁹. Dizemos “consagração expressa”, porque a verdade é que este princípio não é mais do que um afloramento do princípio mais geral da igualdade, já consagrado anteriormente no seu texto no art. 13º.

A simples circunstância de o legislador ter sentido necessidade de reconhecer esta igualdade de uma forma explícita e concreta, demonstra por si só, que era no domínio das relações entre os cônjuges, que se assistiam às mais graves discriminações em função do sexo, não se olvidando portanto, que esta era uma matéria especialmente carente de uma colossal intervenção legislativa¹¹⁰. Teresa Pizarro Beleza chama particularmente à atenção para este facto, questionando por que motivo a CRP não se viu também na premência de proibir a discriminação “...com base na cor dos olhos, ou no carácter par ou ímpar do dia do nascimento...”¹¹¹, acabando por concluir – como também nós temos vindo a demonstrar – terem sido razões históricas a ditar a seleção de um ou outro fator.

Além da entrada em vigor da CRP de 1976 com o tão importante preceito da igualdade entre os cônjuges acima observado, surge conseqüentemente e como já referimos, a reforma do CC de 1977, também com importantes diretrizes nesta matéria, entre as quais assinalamos a nova redação do art. 1676º que passa a prever, de uma forma tão igualitária quanto inovadora, que incumbe a ambos os cônjuges, de igual modo, contribuir para os encargos da vida familiar “de harmonia com as possibilidades de cada um”, podendo esta obrigação ser cumprida “pela afectação dos seus recursos àqueles encargos e pelo trabalho despendido no lar ou na manutenção e educação dos filhos”. A esta previsão acrescia no n.º 2 do mesmo art., a possibilidade de ser atribuída ao cônjuge que contribuisse em excesso, uma compensação. Todavia, dada a presunção

¹⁰⁸ Guilherme de Oliveira, “Dois Numa Só Carne”... *ob. cit.*, p. 8.

¹⁰⁹ Vital Moreira, “A IV revisão constitucional e igualdade de homens e mulheres no exercício de direitos cívicos e políticos (notas sobre o art. 109. da CRP)”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXIV, 1998, p. 408.

¹¹⁰ M.ª Leonor Pizarro Beleza, “Os Efeitos do Casamento”, in AA.VV., *Reforma do Código Civil*, sob a direção do Conselho Geral do Instituto da Conferência da Ordem dos Advogados, Lisboa, Livraria Petrony, 1981, p. 94.

¹¹¹ Teresa Pizarro Beleza, *Mulheres, Direito, Crime ou a Perplexidade de Cassandra*, Lisboa, AAFDL, 1993, p. 132.

de renúncia com que o preceito findava a sua redação, para que pudesse haver lugar à dita compensação, haveria em primeiro lugar, que se ilidir aquela outra.

Com isto, estavam então dados os primeiros passos para que a vida conjugal se comesse a retratar em moldes igualitários e para que se comesse a valorizar o trabalho doméstico e o cuidado despendido com os filhos nos mesmos termos que se valorizavam as prestações pecuniárias¹¹².

Quarenta anos passados desta consagração legal, seria legítimo esperar, que não restassem já, fosse na ordem jurídica, fosse no seio da nossa sociedade, quaisquer resquícios de algum tipo de desigualdade entre os cônjuges em virtude do seu género. Todavia, fazendo uma caracterização fiel da nossa sociedade e em particular do dia a dia das nossas famílias, não é definitivamente essa igualdade ideal, pretendida pelo legislador, que acaba por resultar da nossa realidade social. Somos aqui obrigados a admitir que a divisão de tarefas em função do género conseguiu sobreviver aos quarenta anos de vigência do princípio da igualdade entre os cônjuges¹¹³.

Não menosprezando o importante papel da reforma de 1977, nem negando o seu contributo para o acelerar da evolução, a verdade é que, estruturalmente, no modo de contribuir para os encargos da vida familiar, continua a subsistir o predomínio do cônjuge mulher no que toca às tarefas domésticas e ao cuidado dos filhos.

Contrariamente à tão aclamada ideia de que o problema da desigualdade está já resolvido¹¹⁴, somos aqui obrigados a admitir que apesar de todo o esforço encetado e da maior consciência já socialmente adquirida – de que o homem, pai e marido não só pode como deve partilhar com a mulher, esposa e mãe as responsabilidades familiares¹¹⁵ – a verdade é que à igualdade legal não passou ainda a corresponder uma total igualdade de facto. Isto porque, além do direito não conseguir controlar definitivamente a vida social e promover ou retardar, por si só, modificações significativas na vida familiar, é também um campo onde só muito lentamente as transformações sociais se vão produzindo¹¹⁶; daí que, a longo prazo, o efeito de algumas disposições tenda a perdurar

¹¹² Guilherme de Oliveira, “Dois Numa Só Carne”... *ob. cit.*, p. 11.

¹¹³ M.^a João Romão Carreiro Vaz Tomé, “A Esquecida Conexão Patrimonial entre o Direito da Família e o Direito da Previdência Social” ... *ob. cit.*, p. 526.

¹¹⁴ Que como afirma Maria Clara Sottomayor, “A Situação das Mulheres e das Crianças 25 Anos após a Reforma de 1977” ... *ob. cit.*, p. 85, acaba por criar “... uma inconsciência ou uma insensibilização relativamente à permanência na sociedade actual, de vestígios do antigo autoritarismo masculino.”

¹¹⁵ M.^a João Romão Carreiro Vaz Tomé, “Qualidade de Vida: conciliação entre trabalho e a família”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 1, n.º1, 2004, p. 53.

¹¹⁶ Tove Stang Dahl, *O Direito das Mulheres. Uma Introdução à Teoria do Direito Feminista*, trad. de Teresa Pizarro Beleza *et al.*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 7.

mesmo após o momento da sua revogação¹¹⁷, principalmente quando, em causa, estejam mudanças de tão grande amplitude como as que ocorreram no final da década de setenta. Nesta concreta situação, a mentalidade que se foi desenhando com o CC de 1966 não desapareceu repentina e automaticamente com os novos quadros mentais trazidos pela CRP de 1976 e a reforma de 1977 do CC¹¹⁸.

De pouco ou nada vale que o contrato de casamento se revista de neutralidade e que a disciplina do divórcio, quer quanto às causas, quer quanto aos efeitos, obedeça ao estrito princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres se, na prática, esses efeitos acabarão inevitavelmente por continuar a ser determinados em função do género. Como reitera Maria Clara Sottomayor, tanto a sociedade como a família, preservaram ao longo de todos estes anos e contra todos os ventos de mudança, a expectativa de que a mulher há de continuar a cuidar da casa, do marido, dos filhos, e até, quando necessário, de alguns parentes¹¹⁹.

Se é certo que a redação da Lei mudou, é ainda mais certo que o que não mudaram foram os estereótipos sociais de género, que continuam a ter um papel determinante na construção e manutenção das desigualdades, acabando por afetar e condicionar todas as esferas da vida, bem como os próprios valores, comportamentos, linguagens e opções de cada um.

Enfim, dúvidas não restam, que agir sobre a Lei se afigura manifestamente mais simples que agir sobre as mentalidades¹²⁰. O reconhecimento e valorização deste tipo de trabalhos (doméstico e com os filhos), sendo uma aquisição civilizacional relativamente recente “... carece ainda de ser verdadeiramente incorporada...”¹²¹.

¹¹⁷ Neste sentido cfr. M.^a João Romão Carreiro Vaz Tomé, “A Esquecida Conexão Patrimonial entre o Direito da Família e o Direito da Previdência Social” ... *ob. cit.*, pp. 526 e segs. e Teresa Pizarro Beleza, “Género e direito: da igualdade ao direito das mulheres”... *ob. cit.*, p. 49.

¹¹⁸ Teresa Pizarro Beleza, *Direito das Mulheres e da Igualdade Social. A Construção Jurídica das Relações de Género*... *ob. cit.*, p. 108.

¹¹⁹ A par da neutralidade com que a lei está redigida quanto ao género, existe socialmente a presunção de que é à mulher que competem aqueles trabalhos. Neste sentido, Maria Clara Sottomayor, “A Situação das Mulheres e das Crianças 25 Anos após a Reforma de 1977” ... *ob. cit.*, p. 97.

¹²⁰ Maria Eduarda Azevedo, “Os direitos e a violência contra as mulheres”, *O Cidadão - Revista Trimestral de Direitos Humanos*, ano 2, n^{os} 7-8, julho-dezembro, 1994, p. 103 e Ministério do Trabalho e Solidariedade Social, *Sociedade e Trabalho* 35, Lisboa, GEP- Gabinete de Estratégia e Planeamento, 2008, p. 9.

¹²¹ Anália Torres, “Nova Lei do Divórcio”... *ob. cit.*, p. 25.

1.2 A situação das mulheres portuguesas e a dupla jornada de trabalho

No que tange à concreta situação das mulheres portuguesas, podemos genericamente identificar dois grupos. No primeiro, agrupamos todas aquelas mulheres que abdicaram de continuar, ou até mesmo de vir futuramente a exercer um qualquer trabalho remunerado, de forma a poderem dedicar-se inteiramente à vida familiar e a tudo que ela implica. No segundo grupo, este atualmente maioritário¹²², figuram todas aquelas que, não tendo abdicado da sua vida profissional nem da sua vida familiar, acabam por acumular as duas funções: vivendo diariamente a designada dupla jornada de trabalho.

No que respeita ao primeiro grupo mencionado, Anália Torres afirma estar longe da realidade portuguesa “... o modelo de divisão do trabalho familiar que atribuiu ao homem papel exclusivo de provedor da família e à mulher o de ser apenas cuidadora do lar e dos filhos.”¹²³. Não obstante, compreender o que quer a autora significar com esta afirmação, também usada na exposição de motivos do projeto de Lei e admitindo que esta não é já, efetivamente, a realidade na qual vivem a maioria das famílias portuguesas, cumpre, no entanto fazer uma breve ressalva: se modernamente, este já não tem sido o modelo familiar adotado, a verdade é que em tempos já o foi. Já foi inclusive o principal e único modelo conhecido, como a própria história nos permite comprovar e como também nós já tivemos oportunidade de salientar. Sendo, portanto, esta uma factualidade histórica de certa forma ainda recente, não há como negar a sua ainda enraizada presença no seio familiar português. Relembre-se, aliás, que não é, até ao presente momento, matematicamente impossível perdurarem matrimónios celebrados ainda na vigência da versão originária do nosso CC, datada de 1966, que preconizava um modelo hierárquico de família. Além disso, tendo especialmente presente que a família é um local de socialização e reprodução de valores¹²⁴, matrimónios existem que apesar de celebrados após a reforma de 1977 – onde já se patenteava a paridade igualitária entre os cônjuges – se continuam a reger pelos valores que tradicionalmente viram os casamentos dos seus pais e avós perfilhar. Os mesmos valores que lhes foram

¹²² Para uma compreensão numérica desta afirmação e uma análise estatística quanto à condição da mulher perante o trabalho, pode dizer-se, usando dados estatísticos de 2005, que a percentagem de mulheres empregadas ascende os 75%, ao passo que as desempregadas se situam na ordem dos 5%. Para um aprofundamento dos dados apresentados v. CIG, *A Igualdade de Género em Portugal*, Lisboa, Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género, 2007, p. 98.

¹²³ Anália Torres, “Nova Lei do Divórcio”... *ob. cit.*, p. 25.

¹²⁴ Hugo Cunha, Lança “Pinceladas sobre a condição jurídica da mulher quarenta anos depois do 25 de abril: uma análise de antropologia jurídica” ... *ob. cit.*, p. 35.

sendo transmitidos e que não se revogam com a mesma facilidade com que se revoga uma Lei.

Quanto ao segundo grupo, onde se insere a grande maioria, ele ilustra que passamos a ter mulheres que além de quererem ser esposas e mães, querem também investir na sua vida profissional, não escolhendo qualquer uma das facetas em detrimento de outra, até porque, é hoje unanimemente aceite a importância de todas elas, para se atingir um sentimento de realização pessoal. Os maiores desafios que se colocam são precisamente, por um lado, conseguir conciliar todas estas funções num só dia¹²⁵, numa só pessoa e numa só vida, e ainda, por outro lado, ver reconhecido todo o esforço e todo o valor do trabalho despendido. Isto porque, à entrada da mulher no mercado de trabalho não veio equivaler nem o contributo masculino¹²⁶, nem a sua libertação dos afazeres domésticos, pelo contrário¹²⁷.

Quanto à primeira dificuldade que referimos, saliente-se que ela não deveria sequer ser uma dificuldade, tendo em conta que conciliar a vida familiar e a profissional é um direito constitucionalmente consagrado¹²⁸. Mas, acontece uma vez mais que a letra

¹²⁵ Sobre a dificuldade de conseguir conciliar o aumento progressivo da atividade profissional das mulheres, frequentemente também mães, com a vida familiar que grande acuidade requer atualmente, sobretudo pela assimetria com que onera as mulheres v., M.^a João Romão Carreiro Vaz Tomé, “Qualidade de Vida: conciliação entre trabalho e a família” ... *ob. cit.*, pp. 52 e segs..

¹²⁶ Neste contexto assinala M.^a José da Silveira Nuncio, *Mulheres em Dupla Jornada. A Conciliação Entre o Trabalho e a Família*, Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2008, p. 49, que sem explicação lógica ou motivo aparente, com passar do tempo foi-se tornando socialmente aceite que as mulheres ingressassem o mercado de trabalho e realizassem um trabalho remunerado, que vinha sendo unanimemente encarado como “coisa de homem”. Mas, de modo contrário, continua até aos dias de hoje a ser significativamente menos aceitável pela sociedade que os homens adotem, os ainda designados “comportamentos femininos” de maior dedicação ao trabalho doméstico e cuidado familiar.

¹²⁷ Como diz M.^a José da Silveira Nuncio, *Mulheres em Dupla Jornada. A Conciliação Entre o Trabalho e a Família...ob. cit.*, p. 13, hoje temos essencialmente mulheres que correm e se apressam, para chegar a tantos, tantos sítios...“Afinal, hoje exige-se às mulheres, e as mulheres exigem a si próprias, que sejam mães extremosas, companheiras dedicadas, amigas presentes, alunas brilhantes, profissionais competentes, que sejam informadas e tenham sentido de humor, que sejam bonitas e jovens, sem rugas ou olheiras, que sejam magras, cuidadas e bem vestidas, que sejam educadas e afáveis, sensíveis e cuidadosas e cuidadoras, que sejam resistentes... Tudo assim, de uma só vez e sem pausas. Exige-se, enfim, às mulheres que vivam muitas vidas, num só dia.”. Ainda a respeito desta problemática, salienta também Teresa Pizarro Beleza, *Mulheres, Direito, Crime ou a Perplexidade de Cassandra... ob. cit.*, p. 177, que a mulher vê ser-lhe negada, não a possibilidade de trabalhar mas antes de descansar, de ter “horas de ócio indispensáveis à sua valorização”.

¹²⁸ Preceitua a alínea b) do n.º 1 do art. 59º da CRP que todos os trabalhadores, sem exceção, têm direito “À organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, de forma a facultar a realização pessoal e a permitir a conciliação da atividade profissional com a vida familiar.” E estabelece de igual modo o seu artigo 67º que cabe ao Estado a incumbência de proteger a família bem como promover a conciliação da atividade profissional com a vida privada. Nesta matéria cfr. CIG, *Igualdade de Género em Portugal 2013*, Lisboa, Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género, 2014 e ainda APMJ, “Conciliação entre a vida profissional e a vida familiar”, *Associação Portuguesa de Mulheres Juristas*, maio de 2001. <http://www.apmj.pt/images/PDF/pareceres/Concilia%e7%e3o%20Vida%20Familiar%20e%20Profissional.pdf>, consultado a 17-06-2017.

da Lei se distingue da prática corrente. Quanto ao segundo aspeto, é realmente curioso ver que o passar dos anos tenha levado à crescente desvalorização do trabalho doméstico, que foi perdendo cada vez mais o valor que lhe ia sendo atribuído.

Não parece um contrassenso que os ventos que trouxeram a crescente valorização das relações familiares, tenham sido os mesmos que fizeram esvanecer a importância do trabalho realizado em ambiente familiar e em prol dos membros da família¹²⁹? Terá isto alguma relação com a tendência, cada vez mais crescente, de contabilizar somente aquilo que tenha expressão económica? Tudo leva a crer que sim, tudo leva a crer que este seja o grande motivo para o trabalho doméstico familiar e de cuidado acabar remetido para uma zona de sombra e escassa visibilidade, que se acentua, consideravelmente, na hora do divórcio¹³⁰. Contrariar esta tendência, pelos efeitos catastróficos que acarreta, nomeadamente pelo modo como acaba por contribuir para o enfatizar da feminização da pobreza, deve ser uma prioridade a perseguir, não só pela via legislativa mas por todos nós.

Não é possível continuar a fechar os olhos a um trabalho que tanto contribui para a criação de riqueza¹³¹, até porque, enquanto isso, as mulheres vão constituindo a maioria dos pobres do mundo¹³²: não por trabalharem menos¹³³, mas por grande parte

¹²⁹ M.^a José da Silveira Núncio, *Mulheres em Dupla Jornada. A Conciliação Entre o Trabalho e a Família...* *ob. cit.*, p. 48, atribui a desvalorização do trabalho doméstico ao sistema patriarcal que sempre fez com que os homens valorizassem mais as tarefas que eles próprios desempenhavam.

¹³⁰ Salienta a APMJ, “Conciliação entre a vida profissional e a vida familiar”... *ob. cit.*, p. 4 que a dicotomia entre o que seja trabalho e emprego, presente no quotidiano de cada mulher se baseia “...num modelo de desenvolvimento social que só marginalmente reconhece valor económico ao trabalho resultante da prestação de cuidados domésticos e familiares.”

¹³¹ Sobre esta problemática debruçou-se já M.^a João Romão Carreiro Vaz Tomé, “A Esquecida Conexão Patrimonial entre o Direito da Família e o Direito da Previdência Social” ... *ob. cit.*, pp. 531 e segs., escrevendo que “...os indicadores estatísticos da produção económica, como por exemplo o produto nacional bruto, reflectem uma visão neo-clássica substancialmente redutora, porquanto avaliam apenas e tão-somente as actividades praticadas no mercado ou esfera pública. Por conseguinte, não se atribui significado económico à gestão da vida doméstica e ao cuidado dos dependentes. Enquanto desprovido de remuneração, o trabalho de manter uma família encontra-se excluído de tais indicadores.”. Quanto a isto, também a APMJ, “Conciliação entre a vida profissional e a vida familiar”... *ob. cit.*, p. 4, teve já oportunidade de mostrar o seu desagrado por tão importante matéria se encontrar excluída da contabilização da riqueza produzida, para efeitos de medição do produto interno bruto.

¹³² Sobre esta problemática cfr. ONU, *Discriminação Contra as Mulheres: a Convenção e o Comité*, n.º 22, Lisboa, GDDC, 2002, pp. 5 e segs. onde além de se salientar que as mulheres são a maioria dos pobres do mundo se pode ler que “em todo o mundo as mulheres ganham menos 30% a 40% que os homens para trabalho igual...”. Também Maria Eduarda Azevedo, “Os direitos e a violência contra as mulheres”... *ob. cit.*, p. 101 salienta que não obstante toda a recessão económica, o desemprego e a pobreza afetarem toda a gente, se fazem particularmente sentir no universo feminino, e ainda, Guilherme de Oliveira, “Dois Numa Só Carne”... *ob. cit.*, pp. 9 e segs. que demonstra a sua preocupação e chama à atenção para o fenómeno da feminização da pobreza.

¹³³ Até porque quando somadas as horas despendidas no trabalho implicado na vida familiar e as horas em que se exerce um trabalho remuneratório, facilmente acaba por se constatar que as mulheres nesta situação, que são a grande maioria, trabalham em média mais horas comparativamente aos seus maridos.

do seu trabalho, além de não ter um correspondente económico, não ser sequer valorizado. Saliente-se a propósito, que ficou já demonstrado em estudos divulgados que “se o trabalho não remunerado das mulheres em casa e com a família fosse contabilizado em cada país como rendimento produtivo nacional, tal faria aumentar em 25% a 30% o produto global.”¹³⁴.

Apesar de muitas vezes parecer, as mulheres não têm acesso a super poderes ou a qualquer relógio especial que lhes conceda mais de vinte e quatro horas por dia. Não têm varinhas de condão, nem mais que duas mãos mas, ainda assim, continuam a ter que ser verdadeiras fadas (do lar e não só): com uma carreira profissional na mão direita e uma vassoura na mão esquerda. Com uma, duas ou três crianças ao colo e uma casa às costas. Falamos de mulheres que vivem diariamente numa constante luta entre escolhas profissionais e pessoais que não deveriam ter que fazer. Falamos de esposas que, não raras vezes, desinvestem da sua vida profissional para conseguir dar resposta a todos os desafios familiares que se lhes colocam, isto porque as próprias necessidades do mundo profissional acabam por colidir com os seus afazeres domésticos. E falamos, sobretudo, de um cônjuge que faz esforços pelos dois, permitindo até que o outro adquira o chamado “estatuto de trabalhador ideal”¹³⁵: um trabalhador frequentemente sem preocupações, sem reuniões na escola dos filhos ou idas repentinas ao médico com as crianças... Enfim, um trabalhador, que tendo quem faça a gestão da vida familiar por si, parece ficar desonerado das responsabilidades familiares, conseguindo dedicar-se inteiramente à sua vida profissional e aumentando consideravelmente as suas possibilidades de conseguir um melhor desempenho e progressão na carreira.

Desta feita e em súmula, pretende-se, uma vez mais, fazer notar que a não atribuição de valor económico ao tempo e trabalho despendidos com o governo da vida familiar e encargo com dependentes, tem inevitavelmente, como consequência, gerar um tratamento desigualitário entre os cônjuges, desde logo porque os dois tipos de trabalho acabam por não ser, no final, valorizados da mesma forma¹³⁶.

¹³⁴ ONU, *Discriminação Contra as Mulheres: a Convenção e o Comité...* *ob. cit.*, p. 6.

¹³⁵ Neste sentido v. M.^a João Romão Carreiro Vaz Tomé, “Algumas Reflexões Sobre a Obrigação de Compensação e a Obrigação de Alimentos Ente Ex-Conjuges”, in AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Heinrich Ewald Hörster*, sob a direção de Luís Gonçalves/Wladimir Brito/Mário Monte/Gravato Morais/Clara Calheiros/Cristina Dias, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 431 e segs. e M.^a João Romão Carreiro Vaz Tomé, “A Esquecida Conexão Patrimonial entre o Direito da Família e o Direito da Previdência Social” ... *ob. cit.*, p. 530.

¹³⁶ A isto acrescenta ainda M.^a João Romão Carreiro Vaz Tomé, “Qualidade de Vida: conciliação entre trabalho e a família” ... *ob. cit.*, p. 57, que “ignorar esta relação íntima entre trabalho no mercado e trabalho fora do mercado significa descurar as condições de existência do ser humano.”. Efetivamente, se é nesta situação que vive a grande maioria das mulheres portuguesas, e sendo elas metade da humanidade,

1.3 A necessidade de intervenção do legislador em 2008

A prova de que a reforma de 1977 não sortiu o tão desejado efeito de incutir na sociedade uma visão igualitária da vida conjugal, nem uma maior empatia e valorização das horas empregues com a casa e a família, foi o facto de o legislador, no ano de 2008, se ter visto novamente na circunstância e na necessidade de voltar a intervir, de modo a colmatar todos os entraves que, ao mesmo tempo que se iam perpetuando na sociedade, iam também dificultando a efetivação do seu propósito.

Realmente, só em tempos ainda muito recentes, o panorama vivido pelas mulheres durante o casamento se começou a alterar¹³⁷ e se foi temperando com sentimentos como a compaixão por parte sociedade e o espírito de entreaajuda por parte do outro cônjuge. Ainda assim, as tão reduzidas doses de mudança não se mostram suficientes para firmarmos aqui uma transformação de paradigma, como o próprio legislador acabou por admitir na sua exposição de motivos. Ainda que esta possa ser uma afirmação passível de variações em termos sociais e não caracterizadora de toda a sociedade, a verdade é que, genericamente, consideramos que a agora pouca – mas já alguma – ajuda do cônjuge marido nos afazeres domésticos, quando a mesma chega a existir, não chega sequer a ser encarada, grande parte das vezes, como uma partilha de responsabilidades conjugais, que como tal lhe incube na mesma medida que ao cônjuge mulher. Infelizmente, é ainda bastante frequente ver essa escassa assistência, nas parcas vezes em que se efetiva, ser encarada como uma espécie de dádiva ou de caridade que um dos cônjuges, pela sua boa vontade, oferece ao outro.

Ora, se durante o casamento as assimetrias não encontram já justificação, a verdade é que, no momento de efetivação do divórcio, sempre que ele chegue, as explicações são ainda mais difíceis de se encontrar e fazem ainda menos sentido¹³⁸. Veja-se que a própria decisão de durante anos dedicar o seu tempo à família acaba nesse momento por perder a causa, deixando várias mulheres em situações de bastante delicadeza.

não esqueçamos que ignorar esta realidade é equivalente a relegar meio mundo para precárias condições de existência.

¹³⁷ Miguel Teixeira de Sousa “Do Direito da Família aos Direitos Familiares”... *ob. cit.*, p. 553.

¹³⁸ Até porque é precisamente nesta altura, no momento da dissolução do casamento, que “...surge a exigência de se redistribuir equitativamente os sacrifícios e os benefícios, de compensar os investimentos em capital humano e de garantir uma partilha equilibrada da riqueza.”, conforme faz contar M.^a João Romão Carreiro Vaz Tomé, “Considerações Sobre Alguns Efeitos Patrimoniais do Divórcio na Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro: (in)Adequação às Realidades Familiares do Século XXI?”... *ob. cit.*, p. 429.

Como vários anos de história nos têm vindo a demonstrar, leis sobre igualdade de tratamento não conseguem produzir, por si só, resultados que na prática se afigurem justos e igualitários, pelo contrário¹³⁹. Muitas vezes, a única forma de garantir igualdade de tratamento é através da discriminação. Escusado será dizer que não estando os cônjuges numa posição igualitária, redigir uma Lei que neutralmente os trate da mesma forma, tem um só resultado possível: deixar aquele que já se encontra numa posição delicada, numa situação ainda mais precária¹⁴⁰.

Assim, havendo consciência que à igualdade legal não correspondia qualquer igualdade de facto, urgiu a necessidade do legislador intervir, em 2008, por forma a restabelecer a justiça que estava colocada em causa. Desta forma, foi precisamente este trilhar de caminho que nos fez chegar à figura do crédito compensatório nos moldes atualmente consagrados, que de seguida cuidaremos e veremos ser revestido na sua génese, pela ideia de proteção do cônjuge que se encontra numa posição mais fragilizada, por se ter entregue e dedicado de modo desigual ao casamento: tendo contribuído excessivamente mais do que lhe seria exigível para a vida familiar¹⁴¹.

A atitude do legislador, tanto em reconhecer a grande necessidade que há muito se sentia, como em intervir nesta matéria, aquando da reforma divorcista da Lei da família portuguesa, foi certamente de louvar; resta simplesmente averiguar se a situação se encontra desde então resolvida e se este deixou, desde 2008, de ser um assunto merecedor da nossa atenção.

2. O Crédito Compensatório

2.1 A redação do art. 1676º do CC: em especial o seu n.º 2

Uma vez expurgada a culpa do atual regime jurídico do divórcio, pode dizer-se que estava aberto um caminho, de fácil acesso, ao surgimento de profundas injustiças no momento do término da relação conjugal, com especiais repercussões para o cônjuge

¹³⁹ Tove Stang Dahl, *O Direito das Mulheres. Uma Introdução à Teoria do Direito Feminista...* ob. cit., p. 4.

¹⁴⁰ É precisamente isto que M.ª João Romão Carreiro Vaz Tomé, “Qualidade de Vida: conciliação entre trabalho e a família” ... ob. cit., p. 55, faz notar quando protesta que “regras *prima facie* neutras afectam apenas um dos géneros: a mulher.”

¹⁴¹ Guilherme de Oliveira, “Linhas gerais da reforma do divórcio”, *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 6, n.º 12, 2009, pp. 66 e segs..

mais fragilizado da relação. Assim, de forma a precaver que tal acontecesse, o nosso legislador, antecipando-se, criou em contrapartida, alguns mecanismos, com vista a dar resposta a essas situações, entre eles, o crédito compensatório pela contribuição excessiva para os encargos da vida familiar¹⁴².

Consagrado no n.º 2 do art. 1676º do CC, o crédito compensatório surge no seguimento do dever consagrado no art. 1672º e no n.º 1 do 1675º, de contribuir para os encargos da vida familiar como uma vertente do mais amplo dever de assistência. Esta contribuição compete de igual modo a ambos os cônjuges de harmonia com as possibilidades de cada um deles¹⁴³ e pode dar-se por uma de duas formas: pela afetação dos seus recursos aos encargos da vida familiar, ou pelo trabalho despendido, seja no lar, seja na manutenção e educação dos filhos¹⁴⁴.

Note-se que este crédito se encontra regulado nos moldes que atualmente a Lei o prevê desde a reforma de 2008, não obstante a presença desta figura ter já cerca de quatro décadas de existência na nossa Lei. Já em 1977, se passava a preceituar que, devendo os cônjuges contribuir, na medida das suas possibilidades, para os encargos da vida familiar, na hipótese de algum dos cônjuges ir além do que lhe era exigido, adquiriria um direito a ser compensado pelo excesso. Acontece porém, que durante todos estes anos até à reforma de 2008, a sua aplicação foi escassa¹⁴⁵ devido ao facto do legislador, ao mesmo tempo que fez surgir este mecanismo, também o ter na altura limitado¹⁴⁶ com a presunção de renúncia ao exercício do dito crédito, ainda que fosse

¹⁴² Quanto a isto, como reitera Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio. Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro... ob. cit.*, p. 20, a verdadeira questão e que aqui pretendemos dar resposta está em “...saber se isso será ou não vantajoso para os cônjuges e para o sistema jurídico em geral.”

¹⁴³ A contribuição de cada cônjuge deve portanto ser aferida, não por um critério de estrita igualdade, mas sim de proporcionalidade de meios, isto é, atendendo às concretas possibilidades de cada um. Neste sentido v., entre outros, Jorge Augusto Pais de Amaral, *Direito da Família e das Sucessões... ob. cit.*, p. 201; M.ª Saldanha Pinto Ribeiro/ Daniel Sampaio/ Jorge Augusto Pais de Amaral, *Que divórcio? Aspectos Psicológicos Sociais e Jurídicos*, 2.ª ed., Lisboa, Edições 70, 1992, p. 110 e Tomé D’Almeida Ramião, *O Divórcio e Questões Conexas. Regime Jurídico Atual*, 3ª ed., revista e aumentada, Lisboa, Quid Iuris, 2011, p. 109.

¹⁴⁴ Isto é precisamente o que resulta do art. 1676º n. 1 do CC.

¹⁴⁵ Isto porque, as cautelas impostas pelo legislador através dessa presunção, não obstante o seu carácter relativo e a possibilidade dela ser ilidida, foram excessivas. Como demonstra Guilherme de Oliveira, “Linhas Gerais da Reforma do Divórcio”, in AA.VV., *Nova Lei do Divórcio... ob. cit.*, p. 57, a excessividade era tal que “acabou por paralisar o exercício do direito, que não ganhou relevo prático nos tribunais.”

¹⁴⁶ Acerca desta limitação entende Guilherme de Oliveira, “A Nova Lei do Divórcio”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 7... *ob. cit.*, p. 19, que apesar de não serem conhecidas as causas que terão estado no cerne desta limitação “... se pode conjecturar que o legislador terá desejado evitar litígios entre os cônjuges, numa época em que poderia parecer *mais* aceitável do que hoje uma entrega total ao matrimónio (porventura por parte da mulher) e era *menos* aceitável do que hoje o reconhecimento de interesses autónomos e conflituantes entre os cônjuges....”.

uma presunção passível de ser ilidida mediante prova em contrário (*iuris tantum*). Partia-se, no fundo, do pressuposto de que na orientação da vida em comum, os cônjuges haveriam chegado a um acordo e decidido a questão unanimemente de determinada forma e não haveria por isso, à partida, motivo para intervir.

Com a entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, a redação do n.º 2 do art. 1676º do CC acabou por distanciar-se em alguns aspetos da anteriormente vigente. Moldada agora por novas motivações legislativas, a nova roupagem do crédito compensatório, pretendia encontrar-se com as sociedades modernas e contemporâneas, caracterizadas pelo acesso da mulher ao mercado de trabalho e pelas constantes renúncias que ela se vê obrigada a fazer, ao longo da sua vida conjugal, de modo a conseguir conciliar em vinte e quatro horas diárias, essa atividade profissional com os afazeres domésticos e cuidado dos filhos, sempre que os haja¹⁴⁷. Assinala-se assim a pretensão de romper com a tendência de valorizar mais o trabalho remunerado, despendido fora do lar, em detrimento do trabalho não remunerado, desenvolvido dentro das quatro paredes de casa.

Pretendia-se em síntese e como muito claramente resulta da exposição de motivos do projeto de Lei n.º 509/X, valorizar o trabalho doméstico e simultaneamente impedir que algum dos cônjuges saísse do casamento enriquecido face ao outro: foi o exteriorizar do princípio geral, expresso ao longo de toda a reforma, de que qualquer movimento de enriquecimento ou de empobrecimento, que por qualquer motivo tenha havido ao longo do casamento, deve ser na sua reta final (no momento do divórcio) devidamente compensado. Assim, o grande desígnio orientador da tarefa legislativa era, fundamentalmente, o de evitar que, com o divórcio, emergissem situações de injustiça. Pode dizer-se que não se tratou tão-só de atribuir uma compensação pelo contributo excessivo para os encargos da vida familiar, mas ainda de procurar evitar-se que o divórcio gerasse uma situação de disparidade entre os cônjuges¹⁴⁸.

Note-se que, aplicando-se independentemente do regime de bens em que haja sido celebrado o casamento, este crédito compensatório adquire especial relevo, quando em causa esteja um casamento celebrado no regime da separação de bens. Pois se nos regimes de comunhão se pode equacionar a eventual possibilidade de se considerar que o cônjuge que mais investiu no casamento acabará por ser “compensado” aquando da

¹⁴⁷ Também neste sentido, Tomé D’Almeida Ramião, *O Divórcio e Questões Conexas. Regime Jurídico Atual... ob. cit.*, pp. 110 e segs..

¹⁴⁸ Jorge Augusto Pais de Amaral, *Direito da Família e das Sucessões... ob. cit.*, p. 202.

sua participação naquele que é o património comum, tal não acontecerá no regime de separação, onde não se acha qualquer património comum a partilhar e onde as disparidades entre os contributos dos dois cônjuges poderão por isso assumir maiores proporções, evidenciando-se e tornando-se ainda mais notórias no momento da dissolução do casamento¹⁴⁹.

Uma das maiores alterações registadas face ao regime anterior prendeu-se precisamente com a queda daquela grande cautela, que havia marcado impreterivelmente os primeiros anos de vigência do crédito compensatório: a presunção de renúncia. Atente-se, no entanto, que o abandono dessa cautela não veio significar que o legislador tenha deixado de impor precauções, pelo contrário. Antevejamos a atual e complexa composição do artigo: “se a contribuição de um dos cônjuges para os encargos da vida familiar for consideravelmente superior ao previsto no número anterior, porque renunciou de forma excessiva à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum, designadamente à sua vida profissional, com prejuízos patrimoniais importantes, esse cônjuge tem direito de exigir do outro a correspondente compensação”.

Começa desde logo por restringir-se a sua aplicação às situações onde a contribuição de um dos cônjuges haja sido “consideravelmente superior” à do outro. Não basta agora alegar qualquer excesso de contribuição para que ela adquira relevância para efeitos de adquirir direito ao crédito, é necessário que ela tenha sido notavelmente mais significativa relativamente ao que lhe era exigível. A questão que aqui se coloca é a de saber o que se pode afinal compreender por “consideravelmente superior”, quais situações se podem entender abrangidas pelo preceito.

Nascendo este direito de um investimento feito em demasia na vida familiar (na maioria dos casos pelas mulheres¹⁵⁰) com prejuízo para a sua vida pessoal, podemos começar por admitir, numa tentativa de densificar este conceito e perfilhando os exemplos dados por Guilherme de Oliveira¹⁵¹, que o chamado “caso típico” será o caso

¹⁴⁹ Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações do Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais. Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro... ob. cit.*, p. 52.

¹⁵⁰ Atente-se que ao longo de toda esta investigação se tem vindo a evidenciar a posição da mulher enquanto responsável maioritária por todas as tarefas domésticas e de cuidado com os dependentes, no entanto, reconhece-se, que situações poderão haver em que a situação seja a oposta e o cônjuge marido seja o mais onerado com tais pendências. Denota-se, todavia, que este último quadro fáctico desenhado está longe de caracterizar o grosso da nossa sociedade e das nossas famílias. A situação que temos vindo a enfatizar é indubitavelmente aquela que maioritária se apresenta, daí a nossa especial atenção.

¹⁵¹ Guilherme de Oliveira, “Linhas gerais da reforma do divórcio”, *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 5, n.º 10, 2008, p. 68.

da mulher que renunciou a um percurso profissional, que abandonou o emprego ou que decidiu começar a trabalhar somente a tempo parcial, para ter mais tempo disponível para a sua família; o caso da mulher que abdicou de uma melhor oportunidade de emprego, por implicar que tivesse que viajar com frequência ou, simplesmente, por ser demasiado afastado de casa ou da escola dos filhos; o caso da mulher que não aceitou ser promovida, porque isso iria implicar mais tempo e disponibilidade da sua parte...

Estas são, enfim, algumas situações ilustrativas e aquelas que de imediato nos vêm à memória, mas não efetivamente as únicas, sendo apenas possível fazer esta aferição caso a caso. Relembre-se, inclusive que desinvestir na via pessoal em favor do casamento, não passa somente por colocar de parte uma melhor oportunidade de emprego ou remuneração, passa também e vivamente, por implicar na grande parte das vezes, a quebra de laços pessoais afetivos com pessoas amigas, o abandono de práticas de lazer ou até mesmo a privação do tempo de descanso.

É francamente curioso ver o modo como o simples densificar desta expressão nos leva a uma tão fiel caracterização da realidade feminina, quase como se falar em contribuir em demasia para a vida familiar fosse sinónimo de falar em esposa, mulher e mãe. Isto em pleno século XXI.

Não tendo ficado por aqui na sua redação, esta acaba por não ser a única cautela imposta pelo legislador nesta nova versão da figura do crédito compensatório, saída da reforma de 2008. Logo de seguida, o legislador acrescenta que, para se constituir o direito à compensação, é necessário que o excesso de contributo de um dos cônjuges seja resultado de uma renúncia excessiva “à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum, designadamente¹⁵² à sua vida profissional”. Isto é, entre os dois elementos e para que os mesmos relevem, é necessário que se verifique uma relação causa-efeito. Tem, portanto, que haver nexos causal entre a contribuição “consideravelmente superior” de um dos cônjuges para os encargos da vida familiar e a renúncia excessiva “à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum”, como aliás acontece nos exemplos previamente apresentados.

Conquanto, não é essencialmente neste plano que as maiores dificuldades se levantam, até porque, só muito dificilmente se conseguirá uma maior dedicação à vida

¹⁵² Tenha-se presente que o uso do advérbio “designadamente”, pelo seu significado na língua portuguesa, é aqui demonstrativo da intenção meramente exemplificativa do legislador, que pretendendo dar um simples exemplo deixou aberto o caminho para que outras renúncias, que não meramente as renúncias à vida profissional, pudessem igualmente ser aqui contempladas. Também neste sentido, Amadeu Colaço, *Novo Regime do Divórcio... ob. cit.*, p. 86.

familiar, sem que isso implique, simultaneamente, que se releguem para segundo plano, aspetos da vida pessoal¹⁵³. Como não cansamos aqui de dizer: todos os dias, de todas as pessoas têm vinte e quatro horas, e a consequência lógica disso é que pretender ou precisar de mais tempo para dedicar à família há de sempre equivaler a ir buscar esse tempo a outras vertentes da vida: tempo que devia ser dedicado ao emprego, ao convívio e até mesmo ao descanso. Isto claro, a menos que se entenda que as mulheres, esposas e mães não precisam de descansar ou de qualquer tempo de lazer. Ou, mais grave que isso, que se entenda que são pessoas extremamente desocupadas com tempo de sobra para dedicar ilimitadamente à casa, ao marido e aos filhos.

As maiores dificuldades que neste plano se colocam, como faz soar Cristina Dias¹⁵⁴, estão em descortinar o que se deve entender por “renunciar”. Esta expressão não é, com efeito, tão líquida quanto seria de exigir que fosse em tão importante matéria. Como indaga a autora, se orientados pelo dicionário da língua portuguesa, somos obrigados a conceber que “renunciar é o mesmo que desistir”, ora, aqui reside a grande barreira linguística que, intencionalmente ou não, o legislador acabou por levantar. É que do exposto parece acabar por resultar que um cônjuge que tenha tomado a opção de se dedicar à vida doméstica e familiar, só poderá vir a ser compensado se conseguir provar que desistiu total ou parcialmente da sua vida profissional ou, como demonstra Cristina Dias, que desistiu de “uma eventual mas provável profissão (por ter habilitações para a exercer)”¹⁵⁵.

A questão trazida à colação pela autora e que alteia entre nós as maiores dúvidas prende-se justamente com as situações em que esse cônjuge, tendo dedicado toda a sua vida à família, não chegou a exercer qualquer tipo de profissão, nem sequer a investir na sua vida académica. Pois bem, poder-se-á nestes casos afirmar, que esse cônjuge nunca desistiu de nada e que, por esse motivo, não estão preenchidos todos os pressupostos exigidos pelo preceito legal e ele não será merecedor desse crédito? Terá sido esta a

¹⁵³ A respeito parafraseamos Amadeu Colaço, *Novo Regime do Divórcio... ob. cit.*, p. 86, quando salienta refere que “... na generalidade dos casos, senão quase na sua totalidade, esta relação de causa-efeito será automática, pois que se um dos cônjuges tiver contribuído consideravelmente mais do que legalmente lhe competia, tal facto implicará, em princípio, uma renúncia aos seus interesses pessoais.”

¹⁵⁴ Cristina M. Araújo Dias, “O Crédito pela Compensação do Trabalho Doméstico Prestado na Constância do Matrimónio (a Contribuição Consideravelmente Superior de um dos Cônjuges para os Encargos da Vida Familiar – o art. 1676.º do Código Civil)”, in AA.VV., *E Foram Felizes Para Sempre...? Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio. Actas do Congresso de 23, 24, e 25 de Outubro de 2008*, sob a direção de Maria Clara Sottomayor/Maria Teresa Féria de Almeida, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010, p. 214.

¹⁵⁵ No mesmo sentido, também Tomé D’Almeida Ramião, *O Divórcio e Questões Conexas. Regime Jurídico Atual... ob. cit.*, pp. 112 e segs., realça que só é possível renunciar ao que existe ou que então tem grandes probabilidades de existir.

intenção legislativa? Bem, por agora mantemos a questão em aberto, com a ressalva de que em breve voltaremos a ela.

Por fim, preceitua-se ainda, que a contribuição “consideravelmente superior” de um dos cônjuges para os encargos da vida familiar e a conseqüente renúncia excessiva “à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum” devem ainda vir acompanhadas de “prejuízos patrimoniais importantes”. Mais uma vez o legislador, com a sua forma de se exprimir, acabou por não facilitar o trabalho ao intérprete, que no momento de aplicação da Lei acaba por se ver obrigado a fazer uma avaliação casuística de cada situação, o que não será propriamente inteligível, atendendo às inúmeras questões que a aplicação prática da norma acaba por gerar¹⁵⁶.

A primeira dificuldade levantada prende-se de imediato com o problema de conseguir quantificar os prejuízos sofridos e avaliar qual o grau e extensão que se deverá verificar, para que possam ser considerados patrimonialmente “importantes”; a segunda prende-se com a problemática de saber se o artigo abarca somente os danos emergentes ou se, pelo contrário, também serão aqui de incluir os lucros cessantes.

No que toca à primeira dificuldade avançada, mesmo sabendo que essa contabilização não será certamente simples, acredita-se no entanto, do mesmo modo que Guilherme de Oliveira, que esse argumento da dificuldade de calcular a medida do crédito “... não impressiona qualquer jurista que saiba que os tribunais indemnizam danos não patrimoniais, e até a perda da vida.”¹⁵⁷.

Já quanto à segunda dificuldade referida, crê-se, na esteira de Amadeu Colaço e Tomé d’Almeida Ramião¹⁵⁸, que o espírito do nosso legislador terá passado por compreender as duas situações: tanto os danos emergentes como os lucros cessantes. Até porque, só deste modo ganha forma a preocupação por si expressa, em termos muito claros, na exposição de motivos do projeto de Lei n.º 509/X, de compensar aquele cônjuge que “... para atender aos compromissos familiares, é penalizado na sua progressão profissional, colocando-se em desvantagem no plano financeiro face ao outro cônjuge...”, acrescentando, inclusive, que nessas situações, em caso de dissolução

¹⁵⁶ Chama a atenção para estas diversas questões, Amadeu Colaço, *Novo Regime do Divórcio... ob. cit.*, pp. 87 e segs..

¹⁵⁷ Guilherme de Oliveira, “Linhas Gerais da Reforma do Divórcio”, in AA.VV., *Nova Lei do Divórcio... ob. cit.*, p. 58.

¹⁵⁸ Amadeu Colaço, *Novo Regime do Divórcio... ob. cit.*, pp. 87 e segs. e Tomé D’Almeida Ramião, *O Divórcio e Questões Conexas. Regime Jurídico Atual... ob. cit.*, pp. 119 e segs..

conjugal, seria justo que o cônjuge mais sacrificado com essas renúncias, adquirisse o direito de ser compensado financeiramente por esse excessivo sacrifício¹⁵⁹.

Mesmo sabendo que a redação do artigo apresentada no projeto de Lei supra mencionado sofreu alterações¹⁶⁰, acabando por não corresponder à versão final do art. 1676º do CC atualmente em vigor, acredita-se que essas alterações de forma, em nada se prenderam com uma mudança de posição por parte do legislador no sentido a conferir à norma¹⁶¹; daí que, entre nós, não se levantem motivos para questionar o seu inicial propósito de incluir no seu âmbito de aplicação, tanto os danos emergentes como os lucros cessantes.

Assim, face ao exposto, só uma vez preenchidos todos os requisitos aludidos, está o cônjuge finalmente colocado em posição de lhe ser atribuído o crédito pela respetiva compensação do trabalho prestado na constância do casamento. Neste seguimento, estatui o n.º 3 do art. 1676º do CC que o crédito “só é exigível no momento da partilha dos bens do casal, a não ser que vigore o regime da separação”.

Face a esta afirmação, somos obrigados, logo num primeiro momento, a questionar se quererá então com isto significar-se que nos regimes de separação o crédito poderá ser exigido a todo o tempo, ao passo que nos regimes de comunhão só poderá quando haja partilha. Parece-nos que essa não terá sido a intenção do nosso legislador, até porque a razão de ser, que leva a que o crédito só deva ser exigido no fim do casamento, em nada se prende com a existência ou não de um património comum e uma conseqüente partilha, mas antes com o intuito de evitar litígios entre os cônjuges ainda durante a sociedade conjugal¹⁶², e porque, como sublinha Cristina Dias, é nesta

¹⁵⁹ Consolida Amadeu Colaço, *Novo Regime do Divórcio... ob. cit.*, p. 87, que “como será fácil de ver, a questão dos lucros cessantes terá especial acuidade nas situações em que a renúncia de um dos cônjuges tenha consistido v.g., na recusa de um emprego ou de uma promoção, da qual este tenha deixado de auferir importantes vantagens patrimoniais”. Daqui se retira a importância da questão que merecia por isso da parte do nosso legislador, mais precisão linguística.

¹⁶⁰ Na primeira versão dada pelo Decreto n.º 232/X, o n.º 2 do art. 1676º determinava que: “se a contribuição de um dos cônjuges para os encargos da vida familiar exceder manifestamente a parte que lhe pertencia nos termos do número anterior, esse cônjuge torna-se credor do outro pelo que haja contribuído além do que lhe competia.”. Mas, com do veto presidencial (que mais à frente exploraremos) surgiram alterações e por sua vez, o Decreto n.º 245/X, passou a ditar que: “se a contribuição de um dos cônjuges para os encargos da vida familiar for consideravelmente superior ao previsto no número anterior, porque renunciou de forma excessiva à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum, designadamente à sua vida profissional, com prejuízos patrimoniais importantes, esse cônjuge tem direito de exigir do outro a correspondente compensação.”.

¹⁶¹ Quanto a este aspeto também Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio. Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro... ob. cit.*, p. 60, entende, que não obstante a letra da lei ter mudado “...o seu sentido e alcance é o mesmo”.

¹⁶² Até porque, como acentua Cristina M. Araújo Dias, “O Crédito pela Compensação do Trabalho Doméstico Prestado na Constância do Matrimónio (a Contribuição Consideravelmente Superior de um dos Cônjuges para os Encargos da Vida Familiar – o art. 1676.º do Código Civil)”... *ob. cit.*, p. 215, “... ”

altura que a exigência do crédito faz sentido, da mesma forma que é nela que um dos cônjuges poderá ficar prejudicado e poderá surgir a necessidade de o compensar¹⁶³.

Pense-se, a título exemplificativo, na situação de um dos cônjuges ter renunciado durante os dez anos de duração de casamento, ao exercício de uma profissão remunerada com o propósito único de se dedicar à família: ainda que possa ocorrer num momento anterior, por qualquer outro motivo, a maior probabilidade de arrependimento reside no despoletar do divórcio. É ele que elimina todas as expectativas daquela família que ao longo dos anos se acumularam, assim como é ele que faz com que se perca o fundamento que esteve na base da decisão tomada há dez anos atrás e acaba por fazer refletir aquela situação de desequilíbrio que tão pouco se compadece com as ideias de justiça e equidade¹⁶⁴.

Não é de vislumbrar portanto, por maioria de razão, qualquer motivo para estabelecer uma diferente solução quando, em causa, esteja um regime de separação de bens¹⁶⁵. A única diferenciação que cabe neste âmbito ser feita, remete-se à circunstância de não haver nestas situações lugar a partilha de bens comuns, pelo que se torna lógico que, neste caso, a partilha não possa ser o momento a partir do qual o crédito possa ser exigido. O que, sublinhe-se, não é equivalente a dizer, que nos regimes de separação ela possa ser exigida durante a constância do matrimónio¹⁶⁶, numa altura em que não faz ainda sequer sentido qualquer termo comparativo ou juízo de valor entre os contributos dos dois cônjuges. Da mesma forma que também não faz ainda sentido a correção de qualquer eventual desequilíbrio, que a existir, só existirá no final da comunhão de vida.

Veja-se que a própria intenção do nosso legislador parece ter ido no sentido de regular esta figura como um efeito do divórcio e, como tal, somente exigível no fim do

se o cônjuge credor pretender exercer o seu direito no decurso do casamento, mal anda esse e o divórcio não andará longe!”.

¹⁶³ Cristina M. Araújo Dias, “O Crédito pela Compensação do Trabalho Doméstico Prestado na Constância do Matrimónio (a Contribuição Consideravelmente Superior de um dos Cônjuges para os Encargos da Vida Familiar – o art. 1676.º do Código Civil)”... *ob. cit.*, pp. 215 e 216.

¹⁶⁴ É também esta mesma ideia de equidade, que nos termos do art. 566º do CC, deverá nortear o jogador, sempre que na fixação do montante compensatório não se afigure possível apurar o exato montante do prejuízo sofrido pelo cônjuge credor.

¹⁶⁵ Nesta aceção, v. Jorge Augusto Pais de Amaral, *Direito da Família e das Sucessões...* *ob. cit.*, p. 203 e Tomé D’Almeida Ramião, *O Divórcio e Questões Conexas. Regime Jurídico Atual...* *ob. cit.*, p. 117 e 118 que diz não ser legítima qualquer interpretação do artigo que permita aos cônjuges, na vigência do casamento, exigir essa compensação.

¹⁶⁶ Neste sentido pronunciou-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14 de abril de 2011 (Processo n.º 2604/08.4TMSLB-A.L1-2), relatado por Teresa Albuquerque, disponível em [www.cej.mj.pt \(http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/GuiaDivorcioRespParent/anexos/anexo30.pdf\)](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/GuiaDivorcioRespParent/anexos/anexo30.pdf), salientando ser natural que a lei impusesse, quanto aos regimes de separação, uma ressalva, e crescenta ainda, de seguida, que “tal ressalva não quer dizer que, neste caso, o pedido de compensação possa ser feito, na pendência do casamento.”.

casamento. Mas, a verdade é que não é isso que, salvo melhor entendimento, parece acabar por resultar da letra legal com que o legislador nos presenteou. De facto, se a sua intenção passava por remeter a exigibilidade do crédito para o fim do casamento e enquanto consequência do divórcio, então era isso que da Lei devia resultar expressamente¹⁶⁷, qualquer que fosse o regime de bens, até porque se a essência e razão de ser do crédito não diferem de um regime para outro, também não deve diferir o momento em da sua exigibilidade.

Não deixa esquecer Cristina Dias¹⁶⁸, como também aqui não se pretende deixar, que este n.º 3 do art. faz brotar grandes questões. Uma delas é, desde logo, de ordem sistemática, na medida em que, contrariamente ao que seria de esperar, o legislador veio regular o crédito compensatório no campo dos deveres conjugais e não nos efeitos do divórcio. Mas esta não é, enfim, aquela que da nossa parte merece mais atenção.

O maior dos desacertos deste n.º 3 está mesmo na determinação legal que dita que, exceto nos regimes de separação, o crédito é exigível a partir do momento da partilha, e o motivo além de muito simples é sabido por todos: falar em partilha não é sinónimo de falar em divórcio ou em fim do matrimónio. Ainda que não constituam a grande maioria, a verdade é que casos existem em que se dá a partilha sem que os cônjuges se hajam divorciado, pense-se a título exemplificativo, no caso da simples separação judicial de bens. Havendo lugar a este crédito ainda durante o casamento, nada mais certo haverá que defender que não podemos estar na presença de um efeito do divórcio... Pelo menos não nos termos em que se encontra regulado.

Terá realmente pretendido o nosso legislador, em 2008, admitir a possibilidade do crédito ser exigido durante o casamento, qualquer que seja o regime de bens? Ora, tão certa quanto uma resposta negativa da nossa parte¹⁶⁹, é a certeza de que esta questão não

¹⁶⁷ Cristina M. Araújo Dias, “O Crédito pela Compensação do Trabalho Doméstico Prestado na Constância do Matrimónio (a Contribuição Consideravelmente Superior de um dos Cônjuges para os Encargos da Vida Familiar – o art. 1676.º do Código Civil)”... *ob. cit.*, p. 225.

¹⁶⁸ Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio. Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro...* *ob. cit.*, p. 67 e Cristina M. Araújo Dias, “O Crédito pela Compensação do Trabalho Doméstico Prestado na Constância do Matrimónio (a Contribuição Consideravelmente Superior de um dos Cônjuges para os Encargos da Vida Familiar – o art. 1676.º do Código Civil)”... *ob. cit.*, p. 219.

¹⁶⁹ Isto é: depreende-se, pelo exposto, que o divórcio figura como condição de exigibilidade do crédito compensatório, independentemente do regime matrimonial adotado, e entende-se ter sido também esta a intenção que esteve na base da redação legal. Neste mesmo sentido pronunciam-se os seguintes acórdãos: Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14 de abril de 2011 (Processo n.º 2604/08.4TMLSb-A.L1-2)... *ob. cit.* e Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 24 de novembro de 2016 (Processo n.º 376-14.2TMFUN-A.L1-6), relatado por Maria de Deus Correia. Disponível em [www.dgsi.pt \(http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/34e5eced48d37ed280258091003eed06?OpenDocument\)](http://www.dgsi.pt/http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/34e5eced48d37ed280258091003eed06?OpenDocument).

se afigura, de todo e até hoje, despida de interrogações, nem devidamente resolvida na letra da nossa Lei.

Ainda assim e pese embora tudo o que até aqui foi dito, não negamos, em jeito de conclusão, que este direito a uma compensação foi perspectivado como um efeito jurídico do divórcio¹⁷⁰ e nasceu para ser encarado como tal, mesmo a redação final da Lei não fazendo jus à intenção legislativa que lhe esteve inerente.

2.2. A relação do crédito compensatório com outros institutos: as compensações, os alimentos e o enriquecimento sem causa

Interligando-se a figura do crédito compensatório, direta ou indiretamente, com outros institutos do nosso ordenamento jurídico, cuidaremos agora de algumas considerações que, nesse âmbito, entendemos serem importantes fazer.

Em primeiro lugar e ainda no seguimento da análise do n.º 3 do art. 1676º, parece resultar da letra Lei uma certa confusão com o instituto das compensações. É Cristina Dias quem, nos seus escritos, nos chama a atenção para isto e nos faz remeter o conteúdo patenteado nesse n.º 3 para uma ampla confusão gerada pelo nosso legislador¹⁷¹. Parece-nos que, na sua atividade legislativa, esquecendo que é na presença de um crédito entre cônjuges que nos encontramos, o legislador acabou simplesmente por adaptar as suas referências legais à disciplina das compensações, o que é perfeitamente visível, comparando esta redação com a redação por exemplo do art. 1697º¹⁷².

Relembramos aqui que os créditos e as compensações são duas figuras distintas que não se confundem; daí que, também os respetivos regimes aplicáveis não devam confundir-se. É que, se por um lado, falar em créditos entre os cônjuges pode equivaler a falar em compensações *lato sensu*, já não será assim se falarmos em compensações

¹⁷⁰ Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações do Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais. Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro...* *ob. cit.*, p. 52.

¹⁷¹ Neste sentido, parafraseamos o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14 de abril de 2011 (Processo n.º 2604/08.4TMLS-B-A.L1-2)... *ob. cit.*, onde se pode ler que “o “crédito de compensação” do n.º 2 do art 1676º CC (na redação da L61/2008 de 31/10), corresponde, apesar da sua designação de “compensação”, a um crédito entre os cônjuges, que tem de particular, por ser directamente um efeito do divórcio, só poder ser exigido no fim do casamento.”

¹⁷² Cristina M. Araújo Dias, “O Crédito pela Compensação do Trabalho Doméstico Prestado na Constância do Matrimónio (a Contribuição Consideravelmente Superior de um dos Cônjuges para os Encargos da Vida Familiar – o art. 1676.º do Código Civil)”... *ob. cit.*, pp. 215 e 216 e também Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio. Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro...* *ob. cit.*, p. 67.

stricto sensu. Ressalvando que este não é um entendimento unanimemente aceite por todos os autores¹⁷³, salientamos, contudo, que tem sido constante a sua adoção no seio da nossa jurisprudência¹⁷⁴.

Perfilhando deste modo o entendimento de Cristina Dias, sufragamos que quando se verifique algum relacionamento entre o património próprio de um dos cônjuges e o património comum, estaremos na presença de uma compensação (*stricto sensu*).

Inversamente, sempre que se verifiquem transferências exclusivamente entre patrimónios próprios dos cônjuges, como acontece necessariamente no regime de separação, onde não há património comum, estaremos na presença de um crédito entre cônjuges¹⁷⁵ (que integra o conceito de compensação *lato sensu* mas já não de compensação *stricto sensu*).

Da mesma forma que, salienta a autora, também aqui não se nega que se possa aproveitar o momento da partilha para proceder ao pagamento seja das compensações, seja dos créditos, por força do art. 1689º. O que aqui se nega é que haja uma estrita dependência entre o pagamento desses créditos e aquele concreto momento. Independentemente do regime de bens que vigore e independentemente de haver ou não bens comuns (porque mesmo num regime de comunhão, eles poderão não existir), esses créditos devem poder ser pagos, depois de findo o matrimónio, sem que haja qualquer relação de dependência com a partilha.

¹⁷³ Neste contexto, veja-se que diferentemente do entendimento de Cristina Dias por nós adotado, Francisco Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família... ob. cit.*, pp. 508 e segs., entendem por sua vez que os créditos entre cônjuges nascem de factos concretos distintos das transferências normais de valores entre os patrimónios, como é o caso exemplificativamente, dos créditos nascidos por força do art. 1681º n.º 1 ou n.º 3. Esta é uma noção mais restrita comparativamente à noção por nós adotada. Para nós a origem da transferência patrimonial não é o que determina a sua classificação enquanto compensação ou crédito. Determinante para considerar um crédito entre cônjuges, é tão só o facto de haver um relacionamento unicamente entre os patrimónios próprios dos cônjuges, sem intromissão do património comum (caso em que, a nosso ver, estaríamos já na presença de uma compensação).

¹⁷⁴ A título meramente exemplificativo cfr. as seguintes decisões jurisprudenciais: Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 16 de março de 2010 (Processo 3275/06.8TBPVZ.P1), relatado por Henrique Antunes, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt/JTRP.NSF/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/a06fc03241472b7280257705005d528f?OpenDocument) (<http://www.dgsi.pt/JTRP.NSF/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/a06fc03241472b7280257705005d528f?OpenDocument>) e Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 27 de outubro de 2016 (Processo 3935/04.8TBSXL-I.L1-2), relatado por Ondina Carmo Alves, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/dffc9287cdda0f548025807200539475?OpenDocument) (<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/dffc9287cdda0f548025807200539475?OpenDocument>).

¹⁷⁵ Cristina M. Araújo Dias, “Breves Notas sobre o Fundamento das Compensações no Âmbito das Relações Patrimoniais Entre os Cônjuges”, in AA.VV., *Ars Iudicandi - Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, sob a direção de Figueiredo Dias/Gomes Canotilho/José de Faria Costa, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 208 e Cristina M. Araújo Dias, *Compensações Devidas pelo Pagamento de Dívidas do Casal (da Correção do Regime Actual)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 125.

Em segundo lugar, também não será de confundir a razão de ser do crédito compensatório com o regime dos alimentos, pelo tanto que na sua essência divergem. A prova disso é que os dois institutos, tendo cada um o seu teor e essência, servem diferentes necessidades e em contexto algum se autoexcluem¹⁷⁶. A circunstância de um cônjuge não ter direito a uma pensão de alimentos do outro, em nada interfere com a distinta possibilidade de vir a obter sobre ele o direito ao crédito compensatório do art. 1676º. Os dois institutos podem, sem qualquer objeção, funcionar separadamente ou em paralelo.

Diferentemente do direito a alimentos, que tem como um dos pressupostos a necessidade do credor, o crédito compensatório, por sua vez, não trata de satisfazer qualquer necessidade, mas antes de compensar o cônjuge pela sua excessiva dedicação à família e por tudo aquilo que em consequência dessa dedicação se viu forçado a abdicar. Trata-se, no fundo, de redistribuir as perdas patrimoniais que emergem no momento da dissolução do casamento, pelo divórcio, com base na “...ideia de compensação da perda de capacidade aquisitiva ou capital humano...”¹⁷⁷.

Em terceiro e último lugar, a distinção entre crédito compensatório e enriquecimento sem causa: dois instrumentos, que não obstante servirem o mesmo princípio de equidade, não devem, na realidade, confundir-se. Sendo o enriquecimento sem causa um instituto já destinado a salvaguardar o princípio da equidade, restaurando ou restabelecendo qualquer equilíbrio patrimonial que haja sido perturbado, torna-se curioso verificar a preocupação do legislador em transportar para dentro do âmbito matrimonial esta ideia geral de justiça equitativa, através do crédito compensatório¹⁷⁸.

A verdade é que “...desde sempre se reconhece no ordenamento jurídico português o objectivo, nunca expressamente formulado, de evitar o enriquecimento de

¹⁷⁶ Entre outros, Cristina M. Araújo Dias, “O Crédito pela Compensação do Trabalho Doméstico Prestado na Constância do Matrimónio (a Contribuição Consideravelmente Superior de um dos Cônjuges para os Encargos da Vida Familiar – o art. 1676.º do Código Civil)”... *ob. cit.*, pp. 223 e 224 e Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio. Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro...* *ob. cit.*, pp. 70 e 71.

¹⁷⁷ M.^a João Romão Carreiro Vaz Tomé, “Algumas Reflexões Sobre a Obrigação de Compensação e a Obrigação de Alimentos Ente Ex-Conjuges”... *ob. cit.*, p. 432.

¹⁷⁸ Note-se, no entanto, que esta não é a primeira nem a única manifestação jurídica a patentear um princípio de equidade entre os cônjuges. Já no código de Seabra, em 1876, se aclamavam alguns instrumentos com vista a dar resposta a esta pretensão, entre eles: a consagração da imutabilidade das convenções antenupciais; a livre revogabilidade das doações entre os cônjuges e a proibição de se celebrarem, entre eles, contratos de compra e venda. Neste sentido cfr. Rita Lobo Xavier, *Limites à Autonomia Privada na Disciplina das Relações Patrimoniais Entre os Cônjuges*, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 110 e 111, onde a autora faz constar que “...tais limitações só se justificarão se visarem a realização de um princípio de equidade entre os cônjuges que impede a ocorrência de enriquecimentos injustificados entre eles.”

um dos cônjuges à custa do outro, o de manter um determinado equilíbrio patrimonial entre os dois.”¹⁷⁹. Estamos, portanto, na presença de dois mecanismos distintos, que a par das suas diferenças, acabam ambos por se fundar nesta mesma ideia transversal, independentemente de se tratar de relações entre cônjuges, ou quaisquer outras relações jurídicas. Isto claro, não obstante reconhecer, que no que tange às relações entre cônjuges, maiores cautelas se imprimirão, desde logo pela “plena comunhão de vida” a que eles se obrigaram, que implica indiscutivelmente uma certa osmose patrimonial (mesmo nos regimes de separação, onde não há uma massa comum¹⁸⁰) e com o decorrer dos anos tente tanto a perdurar como a intensificar-se.

Da mesma forma que, é desta amálgama patrimonial que nasce a necessidade futura de restabelecer todo aquele equilíbrio que o passar do tempo foi colocando em causa, também é desta peculiar relação entre aquelas duas pessoas (os cônjuges) que foi surgindo a necessidade de se criar um mecanismo próprio, pensado exclusivamente para a concreta situação de compensar o excesso de contributo de um dos cônjuges para os encargos da vida familiar, como aliás tivemos já oportunidade de salientar.

Pode assim afirmar-se que, o momento em que o legislador mostrou especial acuidade àquela situação, criando o crédito compensatório, foi também o momento em que tornou desnecessário o acesso nestas situações ao instituto do enriquecimento sem causa, transpondo assim as várias dificuldades de efetivação e aplicação deste último que no âmbito matrimonial se vinham colocando. Desde logo, porque não raras vezes, a existência daquela relação especial entre eles caracterizada pelo dever de assistência e cooperação, acabava por dar causa àquelas atribuições patrimoniais, excluindo a possibilidade de aplicação do instituto¹⁸¹.

¹⁷⁹ Rita Lobo Xavier, *Limites à Autonomia Privada na Disciplina das Relações Patrimoniais Entre os Cônjuges... ob. cit.*, p. 110.

¹⁸⁰ Sobre esta questão debruça-se Rita Lobo Xavier, *Limites à Autonomia Privada na Disciplina das Relações Patrimoniais Entre os Cônjuges... ob. cit.*, pp. 453 e 454, que faz salientar a cada vez mais comum conclusão de que as vantagens associadas ao regime da separação de bens, são na realidade e nas mais das vezes, puramente ilusórias. Acrescenta inclusive que “... na maior parte dos casos, a comunhão de vida acaba por provocar uma interpenetração de facto dos bens, donde resultam numerosos conflitos sobre a propriedade exclusiva dos mesmos, especialmente no momento da liquidação do regime.”

¹⁸¹ A respeito, v. AA.VV., 2.^a *Bienal de Jurisprudência. Direito da Família*, Centro de Direito da Família, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 22 e segs., onde se traz à colação o caso de dois cônjuges, com casamento celebrado no regime da separação de bens, em que um deles após a dissolução do matrimónio, invoca o instituto do enriquecimento sem causa com vista a requerer o pagamento das contribuições monetárias que fez para a construção da casa de morada de família, bem como de todo o trabalho por si desenvolvido no âmbito da atividade profissional do outro cônjuge. Tendo a questão chegado ao STJ, contrariamente ao Tribunal da Relação, que havia enquadrado a questão no âmbito do crédito compensatório e na conseqüente presunção de renúncia na altura vigente no nosso ordenamento jurídico, este tribunal veio por sua vez afirmar que a questão não se põe no domínio do direito matrimonial mas antes no enriquecimento sem causa. A questão é que aquele trabalho desenvolvido por um dos cônjuges

Além disso, pese embora a preocupação vertida no cerne dos dois mecanismos de tutelarem o princípio da equidade, comum a ambos, e apesar da consagração da subsidiariedade do enriquecimento sem causa¹⁸², chama a atenção M.^a João Tomé, que eles não são de confundir-se, desde logo pelo seu diverso objeto. Realça a autora que a obrigação de compensação resultante do crédito compensatório difere da obrigação de restituir fundada no enriquecimento sem causa, na medida em que aquela primeira “... não cura da remoção do enriquecimento do cônjuge marido, mas antes da remoção da perda da cônjuge mulher.”¹⁸³. Ou seja: ainda que o enriquecimento do cônjuge acabe por relevar, releva unicamente com o objetivo de estabelecer a ligação com a perda do outro cônjuge.

Conclui-se, portanto, sem negar que é no enriquecimento sem causa que reside a natureza jurídica do crédito compensatório, que estes são dois institutos que apesar de alguns pontos comuns não devem, na sua génese, ser confundidos pelo diferente papel que se propõe cumprir.

2.3. O crédito compensatório no projeto de Lei e os efeitos da sua aplicação prática

Que este crédito é de crucial importância por tudo o que temos vindo a expor até aqui, não restam dúvidas, mas também não as restam no que toca a considerar mais importante que a sua existência, o seu correto funcionamento. E é precisamente sobre esse funcionamento que agora nos debruçaremos.

Antes mesmo da sua entrada em vigor, este artigo havia já causado alguns sobressaltos, deixados em evidência desde logo pelo próprio Presidente da República, aquando do seu primeiro contacto com o diploma.

Na versão originária, apresentada pelo Decreto n.º 232/X, o art. 1676º, n.º 2 do CC, prescrevia que “se a contribuição de um dos cônjuges para os encargos da vida

acaba por ser justificado pelo dever de auxílio mútuo, fazendo com que fique excluída a possibilidade de aplicar o enriquecimento sem causa. Já quanto às contribuições em dinheiro para a construção da casa de morada de família, apesar de não serem justificáveis por nenhum dos referidos deveres conjugais são-no em virtude do próprio casamento que figura como causa daquela deslocação patrimonial. Ora, não restando dúvidas que com o divórcio desaparece essa causa, havendo enriquecimento sem causa, a verdade é que isto acaba somente por valer para as contribuições patrimoniais do cônjuge mas já não quanto ao trabalho por si prestado.

¹⁸² Prescreve o art. 474º do CC que “não há lugar à restituição por enriquecimento, quando a lei facultar ao empobrecido outro meio de ser indemnizado ou restituído...”.

¹⁸³ M.^a João Romão Carreiro Vaz Tomé, “Algumas Reflexões Sobre a Obrigação de Compensação e a Obrigação de Alimentos Ente Ex-Conjuges”... *ob. cit.*, pp. 439 e segs..

familiar exceder manifestamente a parte que lhe pertencia nos termos do número anterior, esse cônjuge torna-se credor do outro, pelo que haja contribuído além do que lhe competia.”. Este artigo, entre outros, foi alvo de algumas críticas e reparos que acabaram por fazer, nos termos do art. 136º da CRP, com que o diploma não fosse promulgado.

Na sua fundamentação, o Presidente da República fazendo soar o seu descontentamento para com este n.º 2 do art. 1676º, alegava firmemente que, “além de a vivência conjugal e familiar não estar suficientemente adaptada a uma realidade tão nova e distinta, podendo mesmo gerar-se situações de autêntica «imprevisão» ou absoluta «surpresa» no momento de extinção do casamento...” inculcava ainda na vida dos cônjuges uma “... visão «contabilística» do matrimónio...” que, segundo o seu entendimento levantava uma forte probabilidade de que os cônjuges viessem a interiorizar essa visão “...gerando-se situações de desconfiança algo desconformes à comunhão de vida que o casamento idealmente deve projectar.”.

Quanto a isto, não concordamos, da mesma forma que também Cristina Dias não concorda, com esta argumentação formulada pelo Presidente da República aquando do seu veto. Se é certo que o artigo nos coloca algumas inquietações, certo é também que não é neste âmbito que, a nosso ver, elas se levantam.

Discordamos, desde logo, que estejamos na presença de uma realidade assim “tão nova e distinta” e que a por si chamada “visão «contabilística»” venha como ele afirma, paradoxalmente aliar-se à “visão «afectiva»”. Como bem evidencia Cristina Dias, não nos achamos na presença de qualquer novidade, nem tão pouco de qualquer paradoxo.

Por certo, não é de agora que nas relações entre os cônjuges se prevê na Lei, a propósito de outras matérias, situações semelhantes, como é o caso das compensações e a sua respetiva contabilização¹⁸⁴. Além disso, no que concerne ao referido paradoxo, concordando uma vez mais com a autora, não vemos, com efeito, onde ele possa estar. Até porque, aquelas duas dimensões, na prática, não funcionarão simultaneamente como pretendia fazer crer o Presidente da República, mas antes sucessivamente. Isto é: não obstante ser certo que o afeto é agora o grande suporte do casamento, uma vez que este último haja terminado, não vemos qualquer motivo para que não se possa, ou melhor, para que não se deva, nesse posterior momento, proceder a um “acerto de contas” entre

¹⁸⁴ Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio. Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro... ob. cit.*, p. 56.

os cônjuges. Como admite Cristina Dias, preterir esta contabilização “...é que geraria situações graves de injustiça e desequilíbrios patrimoniais.”¹⁸⁵.

Uma vez vetado o diploma, o n.º 2 do 1676º sofrera profundas alterações, acabando por passar a ditar, na versão atualmente em vigor, o complexo texto por nós já anteriormente reproduzido¹⁸⁶ e analisado.

A verdade é que também esta nova redação não fora isenta de observações, desta feita não só pelo Presidente da República em mensagem à Assembleia da República a propósito da promulgação do diploma¹⁸⁷, mas ainda pela APMJ que não se coibiu, em setembro de 2008, de demonstrar o seu descontentamento para com o preceito¹⁸⁸.

Mantendo as críticas anteriormente formuladas acerca da visão “contabilística” do casamento, acrescenta o Presidente da República que aquilo que o legislador acabou por fazer foi simplesmente agravar as dúvidas quanto à interpretação do artigo, por se socorrer de conceitos tão vagos e indeterminados, quanto juridicamente pouco rigorosos, dificultando significativamente a atividade dos operadores judiciários. Esta formulação indeterminada foi, aliás, a maior preocupação vertida pela APMJ no parecer por ela elaborado¹⁸⁹.

Aqui chegados, cumpre por fim salientar que também, quanto a nós, o preceito levanta algumas quezílias sobre as quais nos propomos de seguida a refletir. A primeira delas prende-se, de imediato, com a sua adequação à sociedade portuguesa, que pretende, aliás regular. Admitindo que qualquer instituto só poderá lograr se devidamente adequado às características dos seus destinatários, é precisamente neste campo que, a nosso ver, o maior dos problemas acaba por residir.

Vejamos: lembrando que o artigo pretendia objetivamente, como bem resulta da exposição de motivos que lhe esteve na origem, fazer frente à velha e problemática questão de valorizar o trabalho doméstico realizado no lar e o cuidado dos filhos, desenvolvido marcadamente pelas mulheres, é proeminente que a sua redação venha deveras ao encontro da situação por elas vivida.

¹⁸⁵ Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio. Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro...* ob. cit., p. 56.

¹⁸⁶ Rever a nossa p. 54.

¹⁸⁷ V. Rita Sassetti, *Novo Regime Jurídico do Divórcio e Legislação Complementar Aprovado pela Lei N.º 61/2008, de 31 de Outubro*, 2ª ed., Lisboa, DisLivro, 2009, pp.151 e segs..

¹⁸⁸ Cfr. APMJ, “O novo regime jurídico do divórcio”, *Associação Portuguesa de Mulheres Juristas*, setembro de 2008.

<http://www.apmj.pt/images/PDF/pareceres/Regime%20Jur%eddico%20do%20Div%fcrcio.pdf>,

consultado a 17-06-2017.

¹⁸⁹ APMJ, “O novo regime jurídico do divórcio”... ob. cit..

Ora, tenha-se presente e primeiramente em linha de conta, que a maioria das mulheres portuguesas, muito frequentemente, acaba por cumular as duas funções, não renunciando propriamente à sua vida profissional, algo que vezes várias só parcialmente acaba por acontecer, mas outras vezes nem isso. Se é, para nós, certo que os cônjuges que se encontrem nesta situação contribuíram de facto mais do que lhes seria exigível – porque além de contribuírem em termos monetários para os encargos da vida familiar, se desdobram ainda em afazeres domésticos, – não é, lamentavelmente, tão certo assim, que consigam valer-se do direito ao crédito compensatório, pelo tão excessivamente fechado modo com que o legislador acabou por consagrá-lo, ornamentando-o ponta-a-ponta de conceitos sobejamente indeterminados, como: a contribuição “consideravelmente superior”, a renúncia “excessiva” e os “prejuízos patrimoniais importantes”¹⁹⁰.

Atendendo que o objetivo do legislador era explícita e manifestamente compensar o trabalho doméstico, não se percebe, de todo, por que motivo acaba por dizer tudo menos isso. Uma vez que a sua intenção era de tão simples expressão, nada nos faz encontrar qualquer motivo para tão esdrúxula redação.

Se, por um lado, devemos presumir, nos termos do n.º 3 do art. 9º do CC, que o legislador soube exprimir adequadamente o seu pensamento, acreditamos ainda, por outro lado, que também seja razoável da nossa parte presumir que ele não tenha mudado as suas convicções e finalidades, depois de ter redigido a exposição de motivos inerente à mudança legislativa. Isto é, no tempo que meou entre a redação do Decreto n.º 232/X e o Decreto n.º 245/X. Acredita-se, firmemente, que o legislador não tenha, em qualquer momento, desistido de compensar o mesmo trabalho doméstico pelo qual, ao longo de toda a exposição de motivos, tão bem intercedeu.

Se o objetivo era claramente compensar aquele trabalho, então qual a razão para, por exemplo, se vir exigir que tenha havido uma renúncia excessiva à “satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum, designadamente à sua vida profissional”? Não será merecedor de tutela o trabalho despendido com o lar e com o cuidado dos

¹⁹⁰ Acerca deste desmedido recurso a conceitos imprecisos e indeterminados, abraçamos a ideia expressa por Maria Clara Sottomayor, “O novo regime jurídico do divórcio e os direitos das mulheres e das crianças”, *Movimento Justiça e Democracia*, 2009. <http://www.mjd.org.pt/conteudos/artigos/o%20novo%20regime%20juridico%20do%20divorcio%20e%20os%20direitos%20das%20mulheres%20e%20das%20criancas%20Maria%20Clara%20Sottomayor.pdf>, consultado a 17-06-2017, p. 2, onde a autora inequivocamente afirma que a lei só será eficaz se redigida através de conceitos que se afigurem precisos, isto desde logo, para que dúvidas de aplicação não se levantem no momento da sua aplicação. Até porque, como bem sabemos, elas somente favorecem aquele que se recusa a pagar.

filhos, na circunstância de não ter havido qualquer renúncia ou prejuízos patrimoniais importantes? Avaliando pela letra da Lei, somos obrigados a concluir que não, mas esta não é de resto a nossa opinião, e a explicação afigura-se para nós francamente simples.

Para uma melhor compreensão, reflitamos com base numa situação comparativa hipotética: começando pelo caso de um cônjuge com um emprego estável, que decide abandonar esse emprego para melhor atender aos encargos da vida familiar, dedicando-se integralmente à família, não parece, à partida, que se venham levantar dificuldades significativas no que toca ao preenchimento de todos os requisitos exigidos pelo legislador, para que ele se possa tornar credor do crédito compensatório. Ao que parece, esta é, aliás, a situação-tipo que melhor se coaduna com a composição do dispositivo legal.

Então, e se estivermos na presença de um cônjuge que, contrariamente à anterior situação, nunca abandonou o seu emprego nem tão pouco deixou de se dedicar, por um dia que fosse, ao cuidado da casa e dos familiares, cumulando assim as duas funções, não lhe restando qualquer tempo de descanso? Não estaremos nós na presença de uma ainda mais flagrante situação em que há uma contribuição consideravelmente superior para os encargos da vida familiar? Se, por um lado, parece resultar daqui evidente que a viver diariamente com uma dupla jornada de trabalho, esse cônjuge terá decerto feito grandes privações na sua vida pessoal, por outro lado, não resulta nada evidente que ele consiga desvencilhar-se de demonstrar que sofreu “prejuízos patrimoniais importantes”, até porque estamos a falar de alguém que manteve plenamente o seu emprego, não se tendo deixado afetar de uma forma significativa patrimonialmente.

Posto isto, impõe-se questionar: estará o artigo devidamente redigido para fazer justiça a estas situações? Ou será que o cônjuge colocado na primeira situação, pelo facto de ter colocado de parte o seu emprego, ao invés deste que cumulou as duas tarefas, é mais merecedor do crédito? Não vemos, no nosso singelo ponto de vista, motivos para assim ser.

Mas não ficamos por aqui, há ainda aqueles cônjuges que, nunca tendo abandonado um emprego, nem agregado as duas funções, dedicaram toda a sua vida, única e exclusivamente, a esse tipo de trabalhos desenvolvidos no lar. O que dizer dos que se encontrem em semelhante situação? Que nunca abdicaram de nada e não são, por esse motivo, merecedores de tutela por parte do legislador? Mas o seu objetivo não era precisamente valorizar o trabalho doméstico e acabar com a zona de sombra para onde frequentemente este trabalho acaba por ser remetido? Temos a firme certeza que a

inteira dedicação deste cônjuge à vida familiar em maior medida do que lhe incumbia, também é merecedora de uma compensação. No entanto, temos uma certeza ainda maior de que, só muito dificilmente, este cônjuge conseguirá reunir o preenchimento de todos os pressupostos legalmente exigidos, de modo a colocar-se na posição de credor do dito crédito. Não por ser menos merecedor, mas simplesmente porque a redação da Lei não lho permite.

Não se pretendendo, de todo, fazer esquecer que contribuir para os encargos da vida familiar é um verdadeiro dever que a ambos os cônjuges incumbe, daí que nem sempre seja de equacionar uma compensação, pretendemos simplesmente chamar à atenção para o facto de muito facilmente podermos estar a falar de um cônjuge que tendo trabalhado, mais do que lhe era exigível, durante anos a fio (ou poucos que sejam) no seio familiar, fê-lo sem qualquer correspetivo económico e sem qualquer possível retorno dessa dedicação no momento da velhice, que em casos mais flagrantes poderá, inclusive, equivaler ao momento do divórcio.

Ainda que, em casos mais extremos, possamos estar na presença de dois cônjuges que durante o casamento contribuíram respetivamente: um deles, com trabalho doméstico e o outro, com um ordenado mensalente, não podemos imediata e levianamente ser deixados levar pelo pensamento de que esses contributos terão sido aproximadamente semelhantes. O grande problema é que, se para nós não há esta automática equiparação, na medida em que estamos a falar de um trabalho sem qualquer horário, sem limite diário, sem folgas, sem férias, sem remuneração, e além de tudo isso: um trabalho feito em prol da família... a verdade é que à luz da letra da Lei essa equiparação facilmente será conseguida e se dirá que o cônjuge que contribuiu com trabalho doméstico não contribuiu de forma consideravelmente superior e como tal não terá direito ao crédito.

Podemos estar a falar de um cônjuge que se, diretamente, não desistiu do exercício de uma profissão remunerada, por nunca ter estado empregado ou por não ter sequer habilitações académicas, com toda a certeza acreditamos que, indiretamente, esse cônjuge acabou por fazê-lo. Fazendo uma equiparação, cremos que a situação deste cônjuge acaba por se assemelhar à escolha de trilhar o caminho da direita ou da esquerda num entroncamento: cremos que o simples facto de seguir o caminho da direita é suficientemente demonstrativo que se desistiu¹⁹¹ da outra possibilidade

¹⁹¹ Atente-se que desistir, segundo o dicionário da língua portuguesa, além de significar “renunciar” ou “não querer continuar” significa ainda “abster-se”, que por sua vez significa “privar-se voluntariamente”.

existente. Ou dir-se-á que, para se considerar que se abdicou, é necessário que se tenha começado, em momento anterior, a trilhar o caminho da esquerda e num determinado momento se tenha retornado atrás e feito uma nova escolha? Só neste caso, se dirá que se desistiu?

O facto de não ter nunca, em qualquer momento, optado por determinado percurso não pode, à partida e sem mais, ser sinónimo de que essa possibilidade não chegou a existir. Admite-se, efetivamente, que aquele cônjuge, mesmo que não tivesse constituído família, pudesse ainda assim não ter investido numa possível via académica, num qualquer curso superior, ou em qualquer outro emprego. Assim como se admite que, na prática, este é um caminho bastante espinhoso de trilhar. O que não se admite é que se entenda que essa não era uma possibilidade existente, como se fosse impossível ou dificilmente possível que aquele cônjuge que passou anos da sua vida a cuidar de crianças, passar roupa e fazer refeições, pudesse realmente ter seguido aquela via, quase como se partíssemos do pressuposto de que não era alguém capaz. Diremos, no limite, que aquele cônjuge poderia, no mínimo, ter optado por desempenhar aquelas mesmas funções num outro lar que não o seu, recebendo uma respetiva remuneração pelos seus serviços. E mais: como qualquer outro trabalhador, estar-lhe-iam somente adjacentes oito horas de trabalho diário, com toda a certeza menos do que as despendidas dentro do próprio lar, no cuidado constante das tarefas domésticas e com a sua família.

Entende-se que dificilmente possível é tão só, que esse investimento na formação pessoal venha agora a acontecer depois de efetivado o divórcio, onde podemos estar já na presença de cônjuges que se dedicaram dez, vinte, trinta anos ao seu casamento e com grande probabilidade, somam já uma idade considerável que não lhes permite, pelo menos com a maior das facilidades, começar naquele momento a investir na sua vida profissional. Situação que tão mais se complica quando enquadrada no estado económico e nas oportunidades de empregabilidade do nosso país. Além disso, mesmo que aquele cônjuge pudesse até não ter seguido a via académica, independentemente do motivo, admite-se que podia ainda ter optado pelo exercício de qualquer outra profissão, que não lhe exigindo habilitações, ainda assim lhe permitiria, no final de cada mês, auferir uma corresponsiva remuneração.

Note-se que, com isto, não pretendemos, de todo, significar que a referida compensação se há-de dar pela frustração do fim do casamento, até porque tal entendimento não teria sequer qualquer apoio legal. Pretendemos, simplesmente, chamar à atenção para a complexa posição de fragilidade em que, vezes sem conta, fica

um dos cônjuges no momento do término conjugal e que tão mais se agrava quando esse é o mesmo cônjuge que dedicou toda a sua vida à família e contribuiu mais do que lhe era exigível para os encargos da vida familiar, acabando por desinvestir de si próprio.

Pelo exposto, entendemos que avaliar o caráter ou não meritório da atividade legislativa, no que toca ao instituto do crédito compensatório, em muito se prende com o descortinar do objetivo que ele na sua criação tenha pretendido vir servir. Entendemos, no fundo, que tudo está em indagar se o legislador conseguiu ou não dar resposta à questão a que se propôs. Se as metas que se propôs alcançar na exposição de motivos do projeto de Lei se podem agora, quase dez anos depois da entrada em vigor da Lei, considerar alcançadas com êxito.

Assim, e ressaltando sempre melhor entendimento, é, a nosso ver, de difícil afirmação que os seus grandes objetivos tenham triunfado. Isto claro, a não ser que se entenda, como já atrás equacionamos, que os seus propósitos tenham sofrido um revés entre a redação dos dois decretos e o legislador tivesse em qualquer momento desistido de compensar o trabalho doméstico, o que no nosso entender não foi o caso.

O artigo encontra-se formulado de forma tão insatisfatória que, se não fosse todo o palavreado do legislador na exposição de motivos, não conseguiríamos sequer retirar dele que a sua finalidade é compensar o cuidado com os filhos e o trabalho doméstico.

Em análise à nova Lei de 2008, afirmou Alberto Martins que, pela primeira vez passámos a ter uma Lei do divórcio que contempla e valoriza o trabalho doméstico e o apoio familiar¹⁹². Realmente, como já várias vezes tivemos oportunidade de salientar, é de facto inquestionável que este tenha sido o grande norte do pensamento legislativo reformista. Questionável é tão só a afirmação de que esse tão almejado objetivo tenha sido alcançado com sucesso pela presente redação da norma. Não tendo economizado nem nas palavras, nem na quantidade de conceitos indeterminados¹⁹³ que usou, o legislador acabou por economizar na única coisa que não devia: no número de cônjuges

¹⁹² Alberto Martins, “Prefácio”... *ob. cit.*, p. 8.

¹⁹³ Esclarecemos aqui, todavia, que a utilização dos conceitos indeterminados não é para nós algo marcadamente negativo, em especial no direito da família. Como faz notar Hélder Roque, “Os conceitos jurídicos indeterminados em Direito da Família e a sua integração”, *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 2, n.º 4, 2005, pp. 9 e segs., “é, por, isso, inquestionável que, em matéria de Direito da Família, o julgador se deve afastar, tendencialmente, do processo mecanicista de subsunção lógico-formal, valorizando, em particular, a jurisprudência, a doutrina e a perspectiva apresentada pelas partes, no sentido de procurar o maior denominador comum possível aos referidos valores imanentes à sociedade e à justiça.”. Reconhecemos deste modo o elevado mérito que não raras vezes lhe está adjacente, mas acrescentamos que nem sempre a sua utilização é a melhor solução, e este é para nós um caso em que isso acaba por acontecer: pesando os dois pratos da balança, parece-nos efetivamente que as querelas por estes conceitos levantadas assumem um maior peso que os benefícios por si trazidos.

ao qual o artigo é passível de ser aplicado. Isto é, a sua intenção era tão boa e tanto se queria fazer, que acabou somente por complicar-se mais do que se devia. O excessivo recurso a conceitos indeterminados acaba por, concretamente, conseguir um só resultado: tornar o regime excessivamente fechado e de reduzida serventia¹⁹⁴, quando na realidade a sua utilização nos deveria levar a um resultado precisamente oposto.

A comprovar o que aqui acabamos de dizer, alega-se que, além de serem escassas as vezes em que a questão é discutida nos nossos tribunais, sempre que excecionalmente tal se verifica, as decisões acabam por nem sequer ir no sentido da sua atribuição. Citam-se, neste âmbito, algumas decisões jurisprudenciais que nos permitem constatar que, além de em nenhuma delas não ser atribuído direito ao crédito compensatório, se colocam ainda em evidência inúmeras questões que, pela falta de clareza e precisão do preceito, foram deixadas sem resposta por parte do legislador, como é o caso de saber se estamos ou não na presença de um verdadeiro efeito do divórcio e qual o momento da sua exigibilidade. Referimo-nos concretamente aos acórdãos do TRL de 14 de novembro de 2011¹⁹⁵; do TRG de 18 de outubro de 2011¹⁹⁶ e do TRL de 24 de novembro de 2016¹⁹⁷.

¹⁹⁴ Que a densificação dos conceitos indeterminados, dentro das alterações ao regime jurídico do divórcio de 2008, em especial no que respeita ao crédito compensatório, é uma das maiores dificuldades a ultrapassar na aplicação da Lei não restam quaisquer dúvidas. Para esta questão já se havia inclusive chamado à atenção num relatório realizado pelo Observatório Permanente da Justiça Portuguesa do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra por solicitação do Ministério da Justiça, onde se incorpora e cuida das principais notas que resultam da avaliação deste novo regime, aprovado pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro. Neste contexto, cfr. Observatório Permanente da Justiça Portuguesa do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, “O novo regime jurídico do divórcio em avaliação”, *Direção Geral da Política de Justiça*, setembro de 2013. http://www.dgpj.mj.pt/sections/informacao-e-eventos/2011/o-novo-regime-juridico6156/downloadFile/attachedFile_1_f0/O_novo_regime_juridico_do_divorcio_em_avaliacao.pdf?nocache=1297073749.65, consultado a 17-06-2017.

¹⁹⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14 de abril de 2011 (Processo n.º 2604/08.4TMLSb-A.L1-2) ... *ob. cit.*.

¹⁹⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 18 de outubro de 2011 (Processo n.º 1681(09.5TBBCL.G1) ... *ob. cit.*.

¹⁹⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 24 de novembro de 2016 (Processo n.º 376-14.2TMFUN-A.L1-6), relatado por Maria de Deus Correia. Disponível em [www.dgsi.pt \(http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497ecc/34e5eced48d37ed280258091003eed06?OpenDocument\)](http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497ecc/34e5eced48d37ed280258091003eed06?OpenDocument).

IV. DA AUTONOMIA DA VONTADE E MAIOR LIBERDADE NA VIDA PRIVADA À PERDA DE BENEFÍCIOS E À PARTILHA DO PATRIMÓNIO COMUM

Sabendo que o crédito compensatório não foi o único artigo que sofrendo alterações em 2008 se viera, com efeito, a repercutir patrimonialmente na vida dos cônjuges no momento do divórcio, daremos agora nota de outros preceitos, que tendo sido também alvo de modificações expressivas, influem significativamente e em termos patrimoniais no dia a dia daqueles que, desde 2008, optem por seguir a via do divórcio. Falamos aqui da nova redação dos arts. 1790º e 1791º do CC, respetivamente atinentes à partilha do património comum do casal e à perda de benefícios que cada cônjuge tenha recebido ou haja a receber em vista do casamento, ou tendo em consideração o estado de casado, provenientes do outro cônjuge ou de terceiro.

Tendo presente que um dos grandes marcos desta reforma do direito da família operada há quase uma década passou, como se pode ler na exposição de motivos do projeto de Lei, por criar um regime divorcístico regido pela ideia de individualização enquanto sinónimo da “...liberdade de assumir para si, aceitado também para os outros, a escolha de modos próprios de encarar e viver a vida privada” e vislumbrou ainda enaltecer as ideias de “maior liberdade na vida privada, mais margem de manobra individual quanto à condução da vida conjugal e familiar, maior afirmação dos direitos individuais numa relação entre pares centrada fundamentalmente nas lógicas afectivas...” enquanto adquiridos da modernidade, pretende-se dedicar esta primeira parte do estudo ao papel assumido pela autonomia da vontade neste ramo tão íntimo e privado do direito, aprofundando, no âmbito matrimonial, as maiores formas da sua expressão. Isto para, num segundo momento confrontar a consagração da autonomia privada enquanto princípio basilar da nossa ordem jurídica, com a formulação encetada pelo legislador no ano de 2008, nos arts. 1790º e 1791º.

Almeja-se assim com este termo comparativo, ver até que ponto o preceituado na redação daqueles dois mecanismos legais se compadece com o restante espírito da reforma divorcista e cuidar do mérito que ocupam no nosso ordenamento.

1. A Autonomia da Vontade e a Regulação das Relações Patrimoniais entre os Cônjuges

1.1. A autonomia da vontade no âmbito matrimonial e a escolha do regime de bens do casamento

Perpassando todo o direito civil e sendo a sua dimensão marcadamente visível no art. 405º do CC referente à liberdade contratual, a autonomia privada encontra as suas noções basilares ainda dentro do quadro constitucional no corpo daquela que é a nossa Lei Fundamental, mormente nos seus arts. 26º, n.º 1 e 61º. Assim, perante tão vasta consagração legal, cremos que dúvidas não restam no que toca a reconhecer a devida importância que este “...poder reconhecido aos particulares de autorregulamentação dos seus interesses, de autogoverno da sua *esfera jurídica*”¹⁹⁸ assume no nosso ordenamento jurídico.

Enquanto princípio fundamental do direito civil que Mota Pinto designa como uma “ordenação espontânea (não autoritária) dos interesses das pessoas, consideradas como iguais, na sua vida de convivência”, a autonomia privada encontra-se presente, embora nem sempre na mesma medida, em qualquer domínio que o direito civil se proponha a modelar a vida social, sendo todavia de menor extensão no domínio das relações pessoais e familiares, comparativamente à sua maior extensão nas relações patrimoniais¹⁹⁹.

Ora, consistindo o casamento num projeto existencial, num acordo de vontades²⁰⁰, pode afirmar-se que a autonomia privada se reconduz, desde logo e em grande parte, à própria liberdade de optar por concluir ou não aquele contrato. Conquanto, essa autonomia não se esgota por aqui, pois se, no que tange aos efeitos pessoais do casamento, ela se afigura diminuta, a verdade é que o legislador a consagrou em maior medida, como já referimos, no domínio dos efeitos patrimoniais onde ela se manifesta, sobretudo através da escolha do regime de bens, assente no conjunto de normas que pretendem regular as relações patrimoniais dos cônjuges, seja entre si, seja nas relações

¹⁹⁸ Carlos Alberto Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 102.

¹⁹⁹ Carlos Alberto Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil... ob. cit.*, pp. 103 e 104.

²⁰⁰ Carlos Pamplona Corte-Real, “Relance Crítico Sobre o Direito de Família Português”, in AA.VV., *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, sob a direção de Guilherme de Oliveira, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 112.

que estabelecem com terceiros²⁰¹. Conforme faz notar Rute Pedro, o regime de bens desempenha, vulgarmente, entre nós uma dupla função: a função de “*organização patrimonial*” na vigência do casamento e a “função de *distribuição* do acervo patrimonial existente” no momento da cessação das relações patrimoniais entre os cônjuges²⁰².

Posto isto, podemos então afirmar que, sendo essa escolha feita em sede de convenção antenupcial, esta última é o maior instrumento de autonomia privada²⁰³ que os cônjuges têm ao seu dispor para personalizar as suas relações patrimoniais²⁰⁴. Não consagrando qualquer sistema de tipicidade e ressalvando as poucas exceções onde a Lei impõe um certo regime de bens ou estabelece algumas limitações, por considerar que valores mais altos se levantam²⁰⁵, regra geral, a Lei permite que os nubentes possam, nos termos do art. 1698º do CC, adaptar o regime de bens às circunstâncias que melhor derem resposta à sua concreta situação.

A liberdade concedida pelo ordenamento jurídico aos nubentes é tão amplamente instituída que, além de permitir que escolham entre qualquer dos regimes previsto na Lei, permite ainda que eles possam partir de qualquer um deles e promover-lhe alterações, que possam cruzar dois ou mais regimes ou até mesmo estipular um regime de bens *ad hoc*, pensado exclusivamente para a sua concreta situação²⁰⁶. Permite, enfim, que dentro dos limites da Lei, os nubentes estipulem aquilo que bem lhes aprouver: é o reconhecer, por parte do legislador, que ninguém melhor que os próprios cônjuges está em posição de decidir o melhor para si e para fazer face aos seus interesses concretos²⁰⁷.

²⁰¹ Jorge Augusto Pais de Amaral, *Direito da Família e das Sucessões... ob. cit.*, p. 141.

²⁰² Rute Teixeira Pedro, “A Partilha do Património Comum do Casal em Caso de Divórcio. Reflexões Sobre a Nova Redação do art. 1790.º do Código Civil”... *ob. cit.*, pp. 437 e 438.

²⁰³ Neste sentido, Luís da Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, vol. VI ... *ob. cit.*, p. 289 e Rita Lobo Xavier, *Limites à Autonomia Privada na Disciplina das Relações Patrimoniais Entre os Cônjuges... ob. cit.*, p. 500.

²⁰⁴ Note-se no entanto, conforme salientam Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. IV, reimpressão da 2.ª ed. revista e actualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 357, que nada impede que “...à semelhança do que ocorre a cada passo com os testamentos, na convenção se incluam acessoriamente algumas cláusulas destinadas a regular relações de carácter pessoal.”

²⁰⁵ Falamos aqui das duas situações do art. 1720º do CC onde se estabelece como regime imperativo a separação de bens nos casos em que o casamento tenha sido celebrado sem precedência do processo preliminar de casamento (al. a)) ou tenha sido celebrado por quem tenha já celebrado sessenta anos de idade (al. b.)) e ainda do circunstancialismo do n.º 2 do art. 1699º do CC onde o legislador não impondo um determinado regime de bens determina que se o casamento for celebrado por quem tenha filhos, não pode ser convencionado o regime da comunhão geral bem como a comunicabilidade dos bens referidos no n.º1 do art. 1722º do CC.

²⁰⁶ Abílio Neto, *Código Civil Anotado*, 18.ª ed. revista e atualizada, Lisboa, Ediforum, 2013, pp. 1435 e segs..

²⁰⁷ Neste sentido, Sofia Henriques, *Estatuto Patrimonial dos Cônjuges. Reflexos da Atipicidade do Regime de Bens*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 142; Rita Lobo Xavier, *Limites à Autonomia*

Esta ideia de liberdade é, inclusive, já de longa tradição entre nós, remontando a sua consagração expressa ao tempo das Ordenações Manuelinas²⁰⁸.

Por conseguinte e porque ter liberdade engloba ainda em último caso a possibilidade de decidir não exercer a escolha do regime de bens, o legislador estabelece precisamente para essas situações, onde os cônjuges se abstêm de exprimir a sua vontade, um regime supletivo: no caso, o regime da comunhão de adquiridos conforme prescreve o art. 1717º do CC.

Percorrendo a evolução dos regimes de bens em Portugal, vemos que nem sempre a comunhão de adquiridos foi o regime de eleição do legislador. Durante o código de Seabra ao lado de outros três regimes de bens (a comunhão de adquiridos, a separação de bens e o regime dotal), o legislador demonstrou a sua preferência pelo regime da comunhão geral de bens fazendo dele o regime supletivo, especialmente por entender que era aquele que mais se coadunava e melhor traduzia o espírito do matrimónio: uma plena comunhão de vida que se pretendia a todos os níveis²⁰⁹.

De facto, só em 1966 com o novo código e, concretamente, nos tempos que precederam a sua entrada em vigor, se instaurou uma discussão com o fim de perscrutar qual dos regimes de bens figuraria dali em diante como supletivo e somente então se demarcou, em detrimento do regime da comunhão geral de bens, a preferência demonstrada pelo regime da comunhão de adquiridos. Podemos então afirmar que o surgimento deste novo código, acabando por criar oportunidade para que questões basilares do nosso ordenamento jurídico fossem repensadas, em muito contribuiu para esta mudança de paradigma.

Em causa não esteve qualquer movimento ou prática social que houvessem sido desencadeados no sentido de oposição àquele regime. Na verdade, nem contra, nem a favor, até porque, apesar de ele vir de uma forma praticamente unânime constituindo a grande maioria estatística no que toca ao regime de bens adotado no momento da celebração do casamento, esse facto em muito se ficou a dever à grande maioria dos casamentos serem celebrados sem qualquer precedência de convenção antenupcial, ficando então automaticamente subordinados ao regime que supletivamente a Lei

Privada na Disciplina das Relações Patrimoniais Entre os Cônjuges... ob. cit., pp. 500 e segs. e ainda Francisco Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família... ob. cit.*, p. 564.

²⁰⁸ Francisco Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família... ob. cit.*, pp. 562 e segs..

²⁰⁹ Guilherme de Oliveira, *Temas de Direito da Família*, 2.ª ed. aumentada, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 276 e Helena Mota, *Os Efeitos Patrimoniais do Casamento em Direito Internacional Privado. Em Especial, o Regime Matrimonial Primário*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 48.

indicava, no caso a comunhão geral²¹⁰. Assim, atendendo à amplitude que assume uma mudança neste campo, compreende-se a importância do debate encetado aquando da redação do CC de 1966, objetivando sopesar as respetivas vantagens e inconvenientes de uma possível alteração²¹¹.

Contra o regime da comunhão geral de bens deduziam-se graves inconvenientes ligados a esta comunhão absoluta que se prendiam sobretudo, em caso de divórcio ou separação de pessoas e bens, com o sério risco que resultava desse regime poder “...redundar num locupletamento, legalmente organizado, dum dos cônjuges à custa do outro...”²¹².

Em sentido oposto, os partidários deste regime replicavam que a aquisição de bens de um cônjuge à custa do outro “... nada tem, na generalidade dos casos, de censurável.”²¹³, acrescentando ainda que, salvo exceções de casamentos que se dissolvam de forma prematura, a participação dos cônjuges no património um do outro acaba por representar, quase sempre, uma compensação que entendiam justa pelo apoio moral e colaboração mutuamente prestada na constância do matrimónio. De uma forma bastante expressiva, desenhavam ainda um quadro fáctico onde se questionava quantas vezes o cônjuge com a porção mais avultada de bens deve essa conservação e aumento de fortuna “...à tranquilidade de espírito e à alegria de viver que o outro cônjuge lhe proporcionou, oferecendo-lhe condições para um trabalho fecundo ou evitando-lhe desregramentos que lhe teriam comprometido a saúde e a fazenda.”²¹⁴.

Pese, embora, todo o esforço principiado, a verdade é que o regime acabara por ser preferido pela comunhão de adquiridos. Entre outros argumentos patenteados, tratou-se do assinalar, em 1966, da clara pretensão do legislador acabar com todas as

²¹⁰ Assim referem Guilherme Braga da Cruz, *Obras Esparsas*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 1984, pp. 19 e 36 e segs.; Guilherme de Oliveira, *Temas de Direito da Família... ob. cit.*, p. 274; Guilherme 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”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 52, 1956, p. 353 e ainda Guilherme Braga da Cruz, “O problema do regime matrimonial de bens supletivo, no novo Código Civil português (estado actual da questão)”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 53, 1956, pp. 187 e segs..

²¹¹ Para um maior aprofundamento da temática salienta-se que o problema do regime matrimonial de bens supletivo no CC de 1966 encontra-se profundamente debatido nas seguintes obras: Guilherme Braga da Cruz, *Obras Esparsas*, vol. III... *ob. cit.*; Guilherme Braga da Cruz, “O problema do regime matrimonial de bens supletivo, no novo Código Civil português (estado actual da questão)” ... *ob. cit.*, pp. 173-204 e Guilherme 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”... *ob. cit.*, pp. 341-354.

²¹² Guilherme Braga da Cruz, *Obras Esparsas*, vol. III... *ob. cit.*, p. 31.

²¹³ Guilherme Braga da Cruz, *Obras Esparsas*, vol. III... *ob. cit.*, p. 28.

²¹⁴ Guilherme Braga da Cruz, *Obras Esparsas*, vol. III... *ob. cit.*, p. 28.

possibilidades do chamado “casamento-negócio”²¹⁵ por se depreender que este era o modo mais prático de “...cortar o mal pela raiz...”²¹⁶ dado ser especialmente à sombra da comunhão geral de bens que os casamentos por interesse proliferavam, por todos os bens, à exceção dos incomunicáveis, serem considerados comuns²¹⁷. A preferência pela comunhão de adquiridos reside no facto de conservarem a qualidade de bens próprios aqueles que cada um dos nubentes tenha à data da celebração do matrimónio e os que na sua constância advierem gratuitamente, sendo somente bens comuns os adquiridos na constância do matrimónio.

Passou muito abertamente a perfilhar-se que o casamento não deve ser um meio de adquirir bens e ninguém deve conseguir enriquecer pelo simples facto de casar²¹⁸. Pretendia-se que, num posterior momento, mormente na partilha, fossem unicamente partilhados aqueles bens que se entendiam resultar do esforço conjunto do casal. Em suma, dá-se preferência a este regime pela melhor representatividade que no momento da cessação das relações patrimoniais faz da divisão dos bens, que se entendem resultado do esforço comum do casal. Este foi um argumento tão fortemente advogado, que chegou mesmo a questionar-se se, com base nele, não se deveria além de se relegar aquela comunhão absoluta do regime supletivo, proibir ainda a sua estipulação convencional. Acabou, todavia, por reconhecer-se, e bem, que esta seria uma excessiva limitação à liberdade contratual dos esposos²¹⁹.

Curioso é o facto de esta elevada censura ao regime da comunhão geral ter surgido tanto depois da sua extensa utilização, mas também este facto encontra justificação quando enquadrado historicamente na nossa ordem jurídica. Durante vários anos, onde supletivamente se aplicava o regime da comunhão geral de bens, coexistiam ao lado da plena propriedade individual as antigas formas de domínio, como era o caso dos “bens da coroa”, os “bens vinculados”, entre outros. Ora, estes eram precisamente os bens de carácter mais valioso e aqueles que não entravam na comunhão, daí que, muito sumariamente, possa dizer-se que apesar da comunhão geral ter sido aplicada

²¹⁵ Que aqui colocamos entre aspas pelo diferente significado que se atribuiu à expressão, até porque como não poderíamos deixar de notar, o casamento é efetiva e inequivocamente um negócio, conforme resulta da lei, mormente do art. 1577º do CC.

²¹⁶ Guilherme Braga da Cruz, *Obras Esparsas*, vol. III... *ob. cit.*, p. 35.

²¹⁷ Note-se que não é aqui nossa intenção fazer uma categorização exata dos bens que integram as respetivas massas patrimoniais por não se entender essencial ao estudo que aqui nos dedicamos, pretendemos tão-somente demonstrar a mudança de paradigma a que equivale a passagem de um regime de comunhão geral de bens para um regime de comunhão de adquiridos.

²¹⁸ Guilherme Braga da Cruz, *Obras Esparsas*, vol. III... *ob. cit.*, p. 36.

²¹⁹ Neste sentido cfr. Guilherme Braga da Cruz, *Obras Esparsas*, vol. III... *ob. cit.*, p. 36.

durante anos, funcionava somente para os bens designados “menos importantes”. Além disso, lembrem-se dois outros aspetos: o primeiro, prende-se com o facto de durante vários anos de aplicação do regime não se ter colocado sequer no direito português a possibilidade de divórcio, o segundo prende-se com o elevado controlo familiar que tanto e durante tanto tempo caracterizou o matrimónio: somente com a ascensão dos valores liberais se propiciou o casamento entre pessoas de diferentes estirpes económicas²²⁰.

É então de fácil constatação que só vários anos depois de aplicação de regime, se começou a tornar mais patente aquela ideia de poder perigar a posição económica do cônjuge que se encontrasse numa posição mais avantajada, risco que, pelos motivos apresentados, durante muito tempo nem sequer existiu. Somente com as referidas alterações, tanto jurídicas quanto sociais, foram criadas estas condições que acabaram por fazer daquele regime algo suspeito e passível de gerar fraudes e interesses marcadamente patrimoniais, por parte de qualquer dos cônjuges²²¹.

Assim, tudo ponderado, tendo a opção legislativa momentânea à elaboração do CC de 1966 passado pela adoção, como regime supletivo, do regime da comunhão de adquiridos, que de resto se manteve até aos nossos dias, mais uma vez fazemos constar que, da mesma forma que havia sucedido com aquele outro, também este novo regime foi acolhido em grande número por parte daqueles que celebravam casamento, devendo-se isso especialmente à fraca tradição que a convenção antenupcial continuou a ter entre nós²²².

Questão diferente mas ainda correlacionada, é a de indagar qual deverá ser o nível de intervenção do legislador neste ramo tão íntimo e privado que é a vida familiar: trata-se de traçar o equilíbrio que se deverá estabelecer entre a intervenção do legislador e a autonomia dos particulares e o porquê de se assistir à “juridificação” das relações baseadas em sentimentos como o afeto e a solidariedade²²³. Faz notar Mota Pinto que estando na presença de sentimentos incoercíveis “...parece que todas as relações e comportamentos que formam o tecido da vida familiar se deveriam situar fora de toda a incidência do Direito, em razão de uma visceral inaptidão deste para aí se

²²⁰ Cfr. Guilherme de Oliveira, *Temas de Direito da Família... ob. cit.*, pp. 274 e 275.

²²¹ Cfr. Guilherme de Oliveira, *Temas de Direito da Família... ob. cit.*, p. 277.

²²² Neste sentido v. Guilherme de Oliveira, *Temas de Direito da Família... ob. cit.*, p. 278 e Rita Lobo Xavier, *Limites à Autonomia Privada na Disciplina das Relações Patrimoniais Entre os Cônjuges... ob. cit.*, pp. 504 e segs..

²²³ Neste sentido, Carlos Pamplona Corte-Real, “Relance Crítico Sobre o Direito de Família Português... ob. cit.”, p.108 e Carlos Alberto Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil... ob. cit.*, p. 158.

manifestar.”²²⁴. Ideia que acaba também por vir ao encontro da crescente não aceitação, por parte da sociedade moderna, de restrições injustificadas à sua autonomia privada²²⁵.

Não duvidando da importância da autonomia da vontade que aqui nos propomos aliás a exaltar, e tendo presente as indubitáveis limitações da Lei enquanto instrumento legal passível de tutelar os afetos, a verdade é que acreditamos ainda, na mesma linha de afirmação de Rita Lobo Xavier, que aqueles que pretendam uma relação puramente afetiva não precisam sequer de casar-se²²⁶. Se duas pessoas se unem por via de uma instituição jurídica como é o caso do casamento civil, crê-se que esperam da parte do Estado um mínimo de tutela, especialmente do investimento que aquele casamento representa nas suas vidas. Faça-se, aliás, constar a especial relevância que essa tutela assume nas situações em que o matrimónio, entrando em crise, torna manifestamente evidente que aquele investimento passa a ser colocado em causa, cabendo ao legislador prestar especial assistência ao cônjuge que se encontre numa situação de maior vulnerabilidade²²⁷.

Espera-se, assim, que o direito da família possa ser encarado enquanto um apoio nas escolhas individuais dos cônjuges, simultaneamente dotado de suficiente neutralidade para lidar com diferentes opções, limitando a sua intervenção ao mínimo possível e desejável²²⁸, até porque, como bem sabemos, este é um campo onde qualquer restrição à autonomia da vontade deve ser justificada por motivos excepcionais e devidamente fundamentados²²⁹. É precisamente isso que acaba por acontecer, no que toca à escolha do regime de bens a vigorar no casamento: não obstante o legislador dar uma pequena orientação nas escolhas individuais, acaba por abster-se de fazer essa escolha em nome dos interessados, permitindo que exerçam amplamente a sua autonomia, ressaltando os casos excepcionalmente previstos.

Estando parte das consequências patrimoniais do casamento na mão dos nubentes pelo poder que lhes é concedido em sede de convenção antenupcial, a verdade é que outros efeitos patrimoniais vigoram ao lado destas regras livremente convencionadas, nascidas do princípio da autonomia da vontade. Falamos aqui do conjunto de regras

²²⁴ Carlos Alberto Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil...* *ob. cit.*, p. 158.

²²⁵ M.^a João Romão Carreiro Vaz Tomé, “Algumas Reflexões Sobre a Obrigação de Compensação e a Obrigação de Alimentos Ente Ex-Conjuges”... *ob. cit.*, p. 426.

²²⁶ Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações do Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais. Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro...* *ob. cit.*, p. 7.

²²⁷ Miguel Teixeira de Sousa “Do Direito da Família aos Direitos Familiares”... *ob. cit.*, p. 559.

²²⁸ Miguel Teixeira de Sousa “Do Direito da Família aos Direitos Familiares”... *ob. cit.*, pp. 560 e 561.

²²⁹ Sofia Henriques, *Estatuto Patrimonial dos Cônjuges. Reflexos da Atipicidade do Regime de Bens...* *ob. cit.*, p. 175.

imperativas²³⁰ de aplicação a qualquer casamento, independentemente da vontade das partes, que nos permitem afirmar que o estatuto patrimonial dos cônjuges é na nossa ordem jurídica estratificado²³¹. Pela extrema importância assumida pelo estatuto patrimonial do casamento, o legislador chamou a si a regulação dos aspetos que considera mais importantes em nome de interesses como os dos cônjuges, dos filhos, de terceiros e da própria família em geral, enquanto bem jurídico merecedor de tutela do nosso ordenamento²³².

Posto isto, podemos concluir que o estatuto patrimonial dos cônjuges se desenha numa linha de equilíbrio, isto é: nem aos cônjuges cabe total liberdade na conformação das suas relações patrimoniais, nem a Lei regula tudo de forma totalmente imperativa²³³. Concordando com Rita Lobo Xavier, também nós entendemos que a solução mais adequada nesta matéria se encontra, conforme a nossa Lei prevê, algures entre qualquer das situações extremas que deverão ser evitadas: nem o direito da família conseguirá evoluir através de um modelo autoritário, nem tão pouco através de uma indiferença valorativa²³⁴.

1.2. *A imutabilidade dos regimes de bens*

O princípio da liberdade, para o qual direcionamos, até ao momento, a nossa atenção, não é o único a atravessar as convenções antenupciais. Com ele coexiste ainda na nossa ordem jurídica, o designado princípio da imutabilidade que decorre do art. 1714º do CC, aplicável a qualquer estipulação de regime de bens, resultante da Lei ou de convenção antenupcial.

Por imutabilidade deve entender-se, ressalvando os casos excecionalmente previstos no art. 1715º, a impossibilidade de, em data posterior à celebração do casamento, se alterar o regime de bens, seja ele resultante de uma convenção antenupcial, da aplicação do regime supletivo ou ainda, por maioria de razão, resultante

²³⁰ O chamado “regime primário de bens” entre nós compreendido nos arts 1678º até 1697º, constituído fundamentalmente pelos direitos e deveres dos cônjuges, pelas regras relativas à administração e disposição dos bens do casal e ainda à responsabilidade por dívidas.

²³¹ Rita Lobo Xavier, *Limites à Autonomia Privada na Disciplina das Relações Patrimoniais Entre os Cônjuges... ob. cit.*, p. 17.

²³² Rita Lobo Xavier, *Limites à Autonomia Privada na Disciplina das Relações Patrimoniais Entre os Cônjuges... ob. cit.*, p. 101.

²³³ Rita Lobo Xavier, *Limites à Autonomia Privada na Disciplina das Relações Patrimoniais Entre os Cônjuges... ob. cit.*, p. 19.

²³⁴ Rita Lobo Xavier, *Ensinar Direito da Família ... ob. cit.*, p. 67.

de uma norma imperativa nos casos em que o legislador intervém neste campo de autonomia da vontade dos nubentes.

Podemos assim dizer que, se é verdade que, ressaltando os casos excepcionais, os nubentes gozam de uma ampla autonomia na regulação das suas relações patrimoniais, não deixa também de ser verdade que, após a celebração do casamento, ela é fortemente restringida, conforme deriva muito explicitamente do teor do princípio acima enunciado. Por este motivo, encara-se o próprio princípio da imutabilidade como um dos fatores que mais faz aumentar a importância daquela escolha, por não mais poder ser repensada pelos cônjuges²³⁵.

Esta solução importada do código napoleónico, integrava já a nossa ordem jurídica no código de Seabra em 1867, constituindo uma das pedras angulares sobre as quais assentavam as convenções dos esposos sobre os seus bens. Tempos mais tarde, aquando da redação do nosso novo código, juntamente com a definição do novo regime supletivo de bens, também esta temática mereceu da parte do legislador alguma atenção. Nos trabalhos que precederam a elaboração do código, colocou-se a questão se o preceito deveria ou não manter-se na nossa ordem jurídica, tendo vencido a sua manutenção como de resto se pode verificar pela sua ainda atual presença no nosso código²³⁶.

Em prol da manutenção do princípio da imutabilidade, alegava-se, em primeiro lugar, a defesa dos cônjuges, especialmente do mais vulnerável, contra um possível ascendente psicológico da parte do outro, com o intuito de obter alterações para si favoráveis comparativamente ao regime inicialmente fixado, fazendo com que aquele primeiro consentisse uma alteração patrimonial que lhe fosse desfavorável; em segundo lugar, a natureza de verdadeiros pactos de família que, por via de regra as convenções antenupciais, mais antes que agora, sempre foram revestindo e, em terceiro lugar, a necessidade de salvaguardar a posição jurídica dos terceiros, que se entendia acabar fragilizada, se adotado um regime de livre modificabilidade das convenções²³⁷.

²³⁵Sofia Henriques, *Estatuto Patrimonial dos Cônjuges. Reflexos da Atipicidade do Regime de Bens...* *ob. cit.*, p. 177.

²³⁶Guilherme 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”... *ob. cit.*, pp. 343 e segs. e Helena Mota, *Os Efeitos Patrimoniais do Casamento em Direito Internacional Privado. Em Especial, o Regime Matrimonial Primário...* *ob. cit.*, p. 54.

²³⁷Guilherme 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”... *ob. cit.*, p. 343; Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. IV... *ob. cit.*, p. 397; Helena Mota, *Os Efeitos Patrimoniais do Casamento em Direito Internacional Privado. Em Especial, o Regime Matrimonial Primário...* *ob. cit.*, pp. 74 e segs. e João Espírito Santo, “A Imutabilidade dos Regimes de Bens”, *in*

Em sentido diverso, militavam, a favor da possível alteração dos pactos nupciais na constância do matrimónio, argumentos alusivos à liberdade dos cônjuges que, só com um regime de mutabilidade, se conseguiria plenamente respeitar, bem como se argumentava que, só deste modo, se conseguiria garantir, além da sua liberdade, o respeito pelos seus concretos interesses²³⁸.

Pense-se desde logo na possibilidade dos cônjuges pretenderem corrigir um eventual lapso ou equívoco na escolha do regime de bens, bem como na possibilidade de poderem ver a sua situação patrimonial profundamente alterada, caso em que podem sair prejudicados pela manutenção forçada do regime que anteriormente pactuaram. Não obstante o regime poder ter sido, à partida, escolhido por eles, a verdade é que isso não deve equivaler à afirmação inequívoca de que aquela decisão se achará a mais acertada ao longo de todos os tempos. Para rebater tal afirmação, bastará tão-somente equacionar uma mudança nos pressupostos em que tal decisão havia sido baseada e como bem sabemos, poucas coisas existem de tão imprevisíveis e incertas como a vida patrimonial das famílias.

Assim, pelo exposto e em nome de uma maior flexibilização do estatuto patrimonial dos cônjuges, também nós demonstramos a nossa preferência pela ideia de eliminação do princípio da imutabilidade²³⁹. Ademais, pesem embora os interesses de terceiros, crê-se que eles por si só não justificam esta ideia de imutabilidade, apesar de efetivamente justificarem um sistema de publicidade como o prescrito no n.º 2 do art. 1715º para as alterações da convenção, que excecionalmente a Lei admite, assim como a recusa prescrita no n.º 2 do art. 1713º, de atribuir eficácia retroativa ao preenchimento da condição, sempre que estejamos na presença de uma convenção condicional²⁴⁰. Isto é, os interesses de terceiros, merecendo sem qualquer dúvida serem atendidos,

AA.VV., *Comemorações dos 35 Anos o Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977. Direito da Família e das Sucessões*, sob direção da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 473.

²³⁸Guilherme 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”... *ob. cit.*, pp. 343 e 444.

²³⁹Ideia também abraçada por Sofia Henriques, *Estatuto Patrimonial dos Cônjuges. Reflexos da Atipicidade do Regime de Bens*... *ob. cit.*, p. 175; Rita Lobo Xavier, *Limites à Autonomia Privada na Disciplina das Relações Patrimoniais Entre os Cônjuges*... *ob. cit.*, pp. 178 e 554 e segs.; M.ª Leonor Pizarro Beleza, “Os Efeitos do Casamento”... *ob. cit.*, p. 120; João Espírito Santo, “A Imutabilidade dos Regimes de Bens”... *ob. cit.*, p. 476 e ainda, Esperança Pereira Mealha, *Acordos Conjugais para Partilha dos Bens Comuns*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 31 e 32 (esta última autora defende porém, numa versão mais moderada que num primeiro momento “...será aconselhável evitar saltos bruscos, iniciando-se a reforma por um regime de mutabilidade controlada.”).

²⁴⁰Neste sentido pronunciam-se Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. IV... *ob. cit.*, p. 398.

facilmente serão salvaguardados prosseguindo um eficaz sistema de publicidade, acompanhado da irretroatividade dessas alterações²⁴¹.

Rita Lobo Xavier vê esta inalterabilidade dos regimes de bens ser justificada em nome da realização da equidade entre os cônjuges, que em nada se compadece com quaisquer enriquecimentos injustificados, obtidos por um dos cônjuges à custa do outro, mas a verdade é que nem o fundamento deste princípio estar ao serviço da equidade faz com que a autora seja apologista da sua manutenção, especialmente porque, como relembra a autora, essa é uma função facilmente desempenhável por outras técnicas de correção de desequilíbrios²⁴².

Quanto à determinação do seu alcance, não se afigura ainda, na nossa doutrina, uma resposta unânime, gerando a questão alguma controvérsia. Em linhas muito ténues, pode dizer-se que se vem debatendo, no que toca à amplitude do princípio, se o preceito visa, numa aceção mais restrita, somente implicar que depois do casamento o regime matrimonial não possa ser alterado por vontade das partes, ou se, numa aceção mais ampla abrange ainda os negócios que tanto direta como indiretamente acabem por desrespeitar o regime matrimonial e a concreta situação dos bens dos cônjuges, isto é: a composição das respetivas massas patrimoniais²⁴³.

Sufragamos, neste âmbito, os ensinamentos professados por Rita Lobo Xavier, Pires de Lima e Antunes Varela que encaram este princípio na sua maior extensão²⁴⁴. Assim, para nós, o alcance do princípio da imutabilidade não se reduz à mera proibição do regime de bens ser alterado pelos cônjuges por via direta, impede ainda, nos mesmos moldes, que os cônjuges alterem esse regime indiretamente através da celebração, entre si, de contratos que acarretem transferências de uma massa patrimonial para outra. Parafraseando a autora, “parece-nos claro que os cônjuges estão proibidos de alcançar por via indireta o mesmo resultado a que conduziria a modificação pós-nupcial da convenção.”²⁴⁵.

²⁴¹ João Espírito Santo, “A Imutabilidade dos Regimes de Bens”... *ob. cit.*, pp. 473 e 474.

²⁴² Cfr. Rita Lobo Xavier, *Limites à Autonomia Privada na Disciplina das Relações Patrimoniais Entre os Cônjuges...* *ob. cit.*, pp. 178 e 554.

²⁴³ Sofia Henriques, *Estatuto Patrimonial dos Cônjuges. Reflexos da Atipicidade do Regime de Bens...* *ob. cit.*, pp. 171 e segs. e Rita Lobo Xavier, *Limites à Autonomia Privada na Disciplina das Relações Patrimoniais Entre os Cônjuges...* *ob. cit.*, p. 20.

²⁴⁴ Cfr. Rita Lobo Xavier, *Limites à Autonomia Privada na Disciplina das Relações Patrimoniais Entre os Cônjuges...* *ob. cit.*, pp.135 e segs. e Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. IV... *ob. cit.*, p. 399.

²⁴⁵ Rita Lobo Xavier, *Limites à Autonomia Privada na Disciplina das Relações Patrimoniais Entre os Cônjuges...* *ob. cit.*, p. 136.

1.3. A cessação das relações patrimoniais entre os cônjuges

A importância desempenhada pelo regime de bens conformador das relações patrimoniais entre os cônjuges não se esgota no momento da sua escolha, pelo contrário. Pelo importante papel que desempenha, aquele regime acaba por ser transversal a todo o matrimónio: repercutindo-se do seu início ao seu fim. De facto, além de ser em função dele que se opera a categorização dos bens do casal em qualquer das massas patrimoniais existentes, é também, à partida, à luz daquelas mesmas regras – que podem ter resultado *ex lege* ou *ex contractu* – que uma vez dissolvido o vínculo conjugal, por causas supervenientes²⁴⁶, respetivamente por divórcio ou por morte e uma vez cessadas as relações patrimoniais entre os cônjuges se procede à liquidação e consequente partilha do património conjugal²⁴⁷.

Face ao exposto, podemos então salientar que se retira da nossa tradição a coincidência de regime entre as regras aplicáveis durante o casamento e as que se aplicam no momento da liquidação das relações patrimoniais, independentemente da forma de dissolução do casamento.

Ao que acabamos de dizer, somavam-se até à reforma do direito da família de 2008 poucas exceções onde essa coincidência de regime não se verificava²⁴⁸. Falamos aqui da redação do art. 1713º que admite que os nubentes façam uma convenção sob condição ou termo, do art. 1719º referente à prévia estipulação pelos cônjuges, em convenção antenupcial, que a partilha se faria num regime diverso do que haja vigorado durante o casamento – preceito que aliás se mantém até aos dias de hoje – e da anterior redação do art. 1790º que acabava também por excepcionar a regra prescrevendo que “o cônjuge declarado único ou principal culpado não pode na partilha receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos”. A redação deste último artigo, não por proceder a uma alteração do regime

²⁴⁶ Diferentemente das causas originárias como a anulação ou declaração de nulidade onde há destruição retroativa do vínculo e se dá o apagamento dos efeitos que ele tenha produzido, à exceção dos efeitos putativos do casamento. Cfr. Rute Teixeira Pedro, “A Partilha do Património Comum do Casal em Caso de Divórcio. Reflexões Sobre a Nova Redação do art. 1790.º do Código Civil”... *ob. cit.*, p. 437.

²⁴⁷ Rute Teixeira Pedro, “A Partilha do Património Comum do Casal em Caso de Divórcio. Reflexões Sobre a Nova Redação do art. 1790.º do Código Civil”... *ob. cit.*, p. 437 e Eva Dias Costa, “Breves considerações acerca do regime transitório aplicável às relações patrimoniais dos ex-cônjuges entre a dissolução do casamento e a liquidação do património do casal”, *Universidade Portucalense*, ano 2, n.º 13, 2013. http://repositorio.uportu.pt/bitstream/11328/665/1/Eva_Dias_Costa.1.pdf, consultado a 17-06-2017.

²⁴⁸ Neste sentido, Rute Teixeira Pedro, “A Partilha do Património Comum do Casal em Caso de Divórcio. Reflexões Sobre a Nova Redação do art. 1790.º do Código Civil”... *ob. cit.*, pp. 438 e 439.

de bens vigente durante o casamento – no caso de estarmos na presença de um regime de comunhão geral ou próximo desta – pelo da comunhão de adquiridos, até porque não era disso que se tratava, uma vez que a norma funcionava somente em termos de valor, mas por na prática aplicar ao cônjuge único ou principal culpado pelo fim do matrimônio aquela limitação que, pelo seu caráter sancionatório, acabava por gerar uma discrepância entre o que havia sido estipulado pelos cônjuges e o que acabava por na realidade resultar da partilha.

No que tange à última função desempenhada pelo regime de bens por nós aludida e que Rute Pedro designada de “função de distribuição”²⁴⁹ parece-nos que ela é, na realidade, aquela que logo, no primeiro momento, os nubentes associam ao regime de bens aquando da sua escolha, seja ela expressa ou tácita (neste último caso referimo-nos à aceitação do regime supletivo). Isto é, não obstante a importância daquela outra, crê-se que os cônjuges tomam a sua decisão com o pensamento voltado maioritariamente para as situações de crise: o divórcio ou a morte. Escolher o regime de bens a vigorar durante o casamento, acaba então por ser sinónimo de antecipar os resultados patrimoniais do seu fim, antecipar qual a vontade dos cônjuges, no que concerne ao destino dos seus bens, no caso do casamento se vir a dissolver.

Assim, sempre nos foi permitido concluir, até 2008, que em nome da elevada importância e respeito pela autonomia privada dos cônjuges, a partilha dos bens do casal se fazia, via de regra, de acordo com aquela vontade que, enquanto nubentes, haviam manifestado. Sendo os próprios arts. 1713º e 1719º também fruto dessa autonomia, a única situação onde a vontade dos cônjuges não coincidia com o regime aplicável era somente a descrita no antigo 1790º, no caso de o cônjuge ter motivado com culpa ou a maior parte dela, o fim da relação. Acontece porém, como ficou já demonstrado no estudo e análise histórica do nosso regime divorcístico, que em 2008 foi encetada uma mudança de paradigma que erradicou a culpa do nosso ordenamento, provendo necessariamente alterações a este último artigo. Pode, inclusive, equacionar-se se, com a eliminação da culpa, não terá ficado aberto o caminho para o legislador além da culpa proceder ainda à eliminação da única restrição à autonomia privada que neste âmbito se colocava: a questão do 1790º fazer a partilha divergir daquilo que havido sido pactuado pelos cônjuges. Ora, é precisamente sobre esta e outras questões que de seguida discorreremos.

²⁴⁹ Rute Teixeira Pedro, “A Partilha do Património Comum do Casal em Caso de Divórcio. Reflexões Sobre a Nova Redação do art. 1790.º do Código Civil”... *ob. cit.*, p. 438.

2. A Partilha e a Perda de Benefícios: do Projeto de Lei aos Efeitos da sua Aplicação Prática

2.1. *A redação e a ratio legis dos arts. 1790º e 1791º do CC pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro*

Uma vez expurgado o divórcio sancionatório do regime divorcístico português, ao legislador coube, em consequência, cuidar dos inúmeros preceitos que no seu texto incorporavam e pressupunham aquela ideia de culpa anteriormente defensada. Não podendo fazer um tratamento de todos os preceitos, referimo-nos concretamente, no domínio dos efeitos patrimoniais do divórcio, anteriormente regulados com base na declaração de culpa e a sua graduação, aos arts. 1790º e 1791º do CC²⁵⁰. Ambos os preceitos na redação legal precedente à reforma de 2008 consagravam, no seu teor, sanções patrimoniais de aplicação unilateral ao cônjuge que, com culpa ou a maior parte dela, houvesse motivado o divórcio.

No art. 1790º a consequência patrimonial surgia no domínio da partilha dos bens do casal e previa-se que ao cônjuge culpado ou maioritariamente culpado não lhe era permitido receber mais do que receberia se porventura o casamento houvesse sido celebrado no regime da comunhão de adquiridos. Esta era uma solução que tinha aplicação sempre que o casamento se dissolvesse por divórcio no caso de os cônjuges terem casado num regime de bens próximo da comunhão geral, isto é: num qualquer regime de comunhão de bens mais intenso que a comunhão de adquiridos e onde, cumulativamente, se desse o caso de ter sido o cônjuge inocente aquele que mais bens levou para o casamento e/ou tivesse adquirido na sua constância, gratuitamente, os bens de maior valor até porque, como afirma Cristina Dias, só nestas situações se poderia entender o 1790º como uma verdadeira sanção ao cônjuge considerado culpado²⁵¹.

Já quanto ao art. 1791º, a consequência patrimonial surgia no domínio das liberalidades recebidas ou a receber pelos cônjuges, que se encontrassem

²⁵⁰ Guilherme de Oliveira, “A Nova Lei do Divórcio”... *ob. cit.*, p. 16.

²⁵¹ Cfr. Cristina M. Araújo Dias, “A partilha dos bens do casal nos casos de divórcio. A solução do art. 1790.º do Código Civil”, *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 8, n.º 15, 2011, p. 26; Miguel Teixeira de Sousa, *O Regime Jurídico do Divórcio*, Coimbra, Almedina, 1991, pp. 121 e 122 e José António Pitão, *Sobre o Divórcio (Anotações aos Artigos 1773.º a 1895.º-D do Código Civil)*, Coimbra, Almedina, 1986, pp. 178 e segs..

correlacionadas com o casamento, estipulando-se que também aquele mesmo cônjuge perderia com o divórcio quaisquer benefícios recebidos ou a receber em virtude do casamento ou atendendo ao estado de casado, fosse do outro cônjuge ou de terceiro, com estipulação anterior ou posterior à celebração do casamento²⁵². Tendo em conta a sua aplicação unilateral baseada no conceito de culpa e com a intenção clara de castigar o cônjuge culpado ou principal culpado²⁵³ salienta-se que o cônjuge inocente ou menos culpado conservava quaisquer benefícios, mesmo na circunstância de terem sido estipulados com cláusula de reciprocidade, podendo, no entanto, renunciar aos benefícios através de uma declaração unilateral de vontade. Como única ressalva nesta última situação, estabelecia-se que, havendo filhos do casamento, a renúncia só era permitida em favor deles. Tratava-se, no fundo, de uma sanção imposta ao cônjuge que com culpa motivou o fim o casamento por se entender que o mesmo não era merecedor de tais benefícios²⁵⁴.

Genericamente, pode dizer-se que ao legislador em 2008 restavam duas opções: ou revogava aqueles preceitos que implicavam uma declaração de culpa agora inexistente, ou procedia à sua alteração para que se compadecessem com o novo regime jurídico do divórcio agora encarado enquanto simples rutura da relação e não enquanto sanção. Dentro do contexto que aqui nos encontramos a analisar, pode dizer-se que o legislador optou pela segunda via procedendo à remodelação daquelas duas determinações legais.

Face às alterações introduzidas, passa a ditar-se, em primeiro lugar, que cada cônjuge, indistintamente, fica impedido de após o divórcio, na partilha, receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos, e, em segundo lugar, que ambos perdem todos aqueles benefícios recebidos

²⁵² Encontram-se abrangidas pela alçada do 1791º as doações feitas entre esposados (entre vivos ou por morte) pelo cônjuge inocente ou menos culpado, em vista do futuro casamento, àquele que viera a ser declarado único ou principal culpado, bem como as doações feitas por terceiro também em vista do casamento àquele mesmo nubente (cfr. art. 1760º n.º 1 al. b)); as doações entre cônjuges feitas ao único ou principal culpado pelo outro cônjuge ainda que indiretas (cfr. art. 1766º, n.1, al. c)): doações que sendo já livremente revogáveis caducam por via deste artigo automaticamente; as deixas testamentárias seja em forma legado ou de instituição de herdeiro, com que o cônjuge inocente ou menos culpado haja beneficiado o outro e ainda, os benefícios de terceiro com vista do casamento ou em consideração do estado de casado a ambos os esposados, caso em que a caducidade apenas atingia a parte do cônjuge considerado único ou principal culpado (cfr. art. 1760º n.º 2). A respeito v. Francisco Pereira Coelho/ Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família... ob. cit.*, pp. 768 e 769; Eva Dias Costa, *Da Relevância da Culpa nos Efeitos Patrimoniais do Divórcio... ob. cit.*, pp. 112 e 113 e José António Pitão, *Sobre o Divórcio (Anotações aos Artigos 1773.º a 1895.º-D do Código Civil)... ob. cit.*, pp. 184 e 185.

²⁵³ Eva Dias Costa, *Da Relevância da Culpa nos Efeitos Patrimoniais do Divórcio... ob. cit.*, p. 112.

²⁵⁴ A este propósito Francisco Pereira Coelho/ Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família... ob. cit.*, p. 768, falam do fundamento desta “pena civil”, como lhe chamam, residir no facto de o cônjuge culpado ou maioritariamente culpado se ter mostrado indigno de receber aqueles benefícios.

ou a receber em vista do casamento ou em consideração do estado de casado. Muito sucintamente, podemos dizer que se mantiveram as soluções anteriormente previstas com uma diferença: desde 2008 deixa de se distinguir os cônjuges em face do seu comportamento culposo ou não culposo, até porque deixa de haver qualquer referência à culpa²⁵⁵.

Subjacente à nova redação assumida pelo legislador nestes preceitos advindos da reforma de 2008 objetivou-se, conforme resulta da leitura a exposição de motivos, substituir o anterior regime por se entender que premiava um inocente, ao mesmo tempo que castigava um culpado.

No que se refere à perda de benefícios esclarece o legislador que o espírito da intervenção se prendeu com o facto de a razão dos benefícios ser o próprio casamento, daí que, uma vez extinto o matrimónio, se entenda que também a razão de ser da manutenção daqueles benefícios se extinguiu. A intenção é conseguir repor a situação anterior ao casamento, sem quaisquer vantagens injustificadas para qualquer dos consortes²⁵⁶.

Já quanto à solução avançada para o art. 1790º, como resulta da própria exposição de motivos do projeto de Lei n.º 509/X, consistiu, sobretudo, no traçar de um perímetro máximo daquilo que poderá ser partilhado. O intuito é o de evitar que o divórcio pudesse ser encarado como um meio de adquirir bens além dos que resultem da justa partilha daquilo que se adquiriu, com o esforço comum do casal, na constância do matrimónio. Visou-se garantir na mesma linha de outros dispositivos legais, que o casamento enquanto acordo sentimental que é fosse completamente despojado de interesses patrimoniais²⁵⁷. No fundo esteve presente o mesmo pensamento que serviu de base à imposição do regime da separação de bens quando celebrado por quem tenha completado sessenta anos de idade e que em 1966 havia motivado a substituição do regime da comunhão geral de bens enquanto regime supletivo, pelo da comunhão de adquiridos²⁵⁸.

²⁵⁵ Carlos Pamplona Corte-Real, “Relance Crítico Sobre o Direito de Família Português... *ob. cit.*, p. 123.

²⁵⁶ Carlos Pamplona Corte-Real, “Relance Crítico Sobre o Direito de Família Português... *ob. cit.*, p. 123.

²⁵⁷ Guilherme de Oliveira, “Linhas gerais da reforma do divórcio”, *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 6... *ob. cit.*, p. 64 e Guilherme de Oliveira, “Linhas Gerais da Reforma do Divórcio”, in AA.VV., *Nova Lei do Divórcio...* *ob. cit.*, pp. 51 e 52.

²⁵⁸ Guilherme de Oliveira, “A Nova Lei do Divórcio”... *ob. cit.*, p. 17; Guilherme de Oliveira, “Linhas gerais da reforma do divórcio”, *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 6... *ob. cit.*, p. 64 e Eva Dias Costa, *Da Relevância da Culpa nos Efeitos Patrimoniais do Divórcio...* *ob. cit.*, pp. 85 e segs..

Pode dizer-se que em 2008, mais uma vez, o legislador voltou a deixar bem patente o desfavor com que aprecia os regimes que de um modo mais intenso que a comunhão de adquiridos se aproximem da comunhão geral de bens, demonstrando ver naquele primeiro o regime que aos seus olhos opera a mais justa partilha do património²⁵⁹.

Ainda nesta vertente patrimonial do divórcio e aliada a esta ideia de combater o tão reprovado “casamento-negócio”, surgiu um novo critério que aqui nos cumpre referenciar e que passa pelo entendimento de que cada um dos cônjuges deve prover à sua autossustentação. Trata-se da própria capacidade que se entende cada cônjuge dever possuir de, suprir, seja por meios próprios ou em virtude do seu trabalho, à sua própria manutenção e sustento após o término do matrimónio, não dependendo de qualquer modo daquele casamento para adquirir proventos²⁶⁰.

2.2. *Os resultados da aplicação do regime legal dos arts. 1790º e 1791º do CC*

Perante o novo quadro legislativo saído da reforma de 2008 atinente às consequências patrimoniais do divórcio que aqui nos encontramos a analisar, respetivamente ao corpo dos arts. 1790º e 1791º do CC, cumpre aqui tecer algumas considerações que entendemos oportunas.

Vejamus a situação mais de perto quanto à partilha, recorrendo ao campo das suposições: **A** e **B**, ambos com 25 anos de idade, casam em 1993 no regime da comunhão geral de bens e decidem conjuntamente que **A** dedicar-se-á inteiramente à gestão da casa e ao cuidado dos três filhos do casal, para que **B** possa investir na sua carreira profissional a tempo inteiro e contribuir para os encargos da vida familiar com o seu salário. A decisão de **A** não procurar emprego é tomada com base na estabilidade económica que o casal dispunha para o caso de haver alguma contrariedade, em virtude dos bens herdados por **B** no valor de 10.000 €, considerados comuns à luz do regime da comunhão geral de bens.

²⁵⁹Rute Teixeira Pedro, “A Partilha do Património Comum do Casal em Caso de Divórcio. Reflexões Sobre a Nova Redação do art. 1790.º do Código Civil”... *ob. cit.*, pp. 452 e 453.

²⁶⁰M.^a João Romão Carreiro Vaz Tomé, “Considerações Sobre Alguns Efeitos Patrimoniais do Divórcio na Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro: (in)Adequação às Realidades Familiares do Século XXI?”... *ob. cit.*, p. 198 e Eva Dias Costa, *Da Relevância da Culpa nos Efeitos Patrimoniais do Divórcio*... *ob. cit.*, p. 132.

Este casal viveu, até hoje, de acordo com aquela escolha feita há vinte e quatro anos atrás e tudo tinha até então corrido pelo melhor: o cônjuge **A** dedicou-se afincadamente à vida do lar e cuidou com todo o primor que lhe era reconhecido, da educação dos três filhos, e o cônjuge **B**, tendo dedicado praticamente todo o seu tempo à vida profissional, investiu seriamente na sua formação e progressão na carreira que lhe permitiu um cargo de chefia e uma maior contribuição mensal.

Equacione-se que no dia de hoje os cônjuges decidem divorciar-se e que o seu património conta com bens no valor de 12.0000 € levados para o casamento por **B**, onde, aliás, se incluem aqueles bens por ele herdados; bens no valor de 2.000 € levados para o casamento por **A** e ainda, 4.000 € fruto de rendimentos auferidos por **B** na sua atividade profissional.

Sabemos que, segundo o regime da comunhão geral de bens pelo qual eram casados e perfazendo os bens uma totalidade de 18.000 €, caberia a cada um dos cônjuges bens no valor de 9.000 €. Relembramos todavia, que pretendendo o legislador operar aquilo que considera uma mais justa repartição daquilo que se adquiriu com esforço comum do casal, e visando impedir que qualquer dos cônjuges saia do casamento patrimonialmente avantajado em detrimento do outro pelo simples facto de ter casado, passa a ditar-se, desde 2008, na atual redação do art. 1790º que não é permitido a qualquer dos cônjuges sair do casamento com bens de valor superior ao que lhes caberia se o casamento houvesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos, o que faz com que o perímetro máximo corresponda a 4.000 € no caso de **A** e 14.000 € no caso de **B**.

A opção de o legislador de manter as soluções anteriormente prescritas na Lei, onde a aplicação era unilateralmente direcionada ao cônjuge único ou principal culpado, num regime que agora se entende despedido de qualquer juízo de culpabilidade e especialmente com o conseqüente alargamento do âmbito de aplicação daqueles preceitos a qualquer dos cônjuges, bem como a argumentação por si apresentada para justificar as suas opções, suscitam-nos algumas inquietudes que não perderemos a oportunidade de apreciar.

A primeira delas, mas não decididamente a única, floreira da articulação da atual redação daqueles preceitos com o princípio da autonomia da vontade por nós já anteriormente versado. Uma vez decretado o divórcio, impor a caducidade automática dos benefícios a que alude o art. 1791º sem que para tal concorram a vontade quer do doador, quer do donatário e decretar que a partilha se faça dali em diante por referência

a um regime que na prática pode ser regime diverso daquele que os cônjuges estipularam para si (o que acontecerá sempre que o regime de bens por eles adotado for um regime de comunhão mais intenso que a comunhão de adquiridos, isto é: um regime de comunhão geral ou próximo desta) são, no nosso entender, soluções duvidosas por chocarem com o princípio da autonomia privada e liberdade contratual²⁶¹.

Na verdade, se por um lado admitimos que no chamado “mundo ideal” o casamento não deve estar associado à possibilidade de um cônjuge adquirir bens à custa do outro, ou do próprio facto de se ter casado, e compreendemos as cautelas que nortearam a intenção legislativa, por outro lado não deixamos de admitir que o legislador nos parece ter adotado uma posição algo excessivamente paternalista, munindo estas normas de imperatividade²⁶².

Da mesma forma que é para nós impensável a averiguação do estado amoroso de cada casal e dos sentimentos que os cônjuges nutrem (ou não) um pelo outro, não é também a nosso ver de cogitar e antecipar, através de um juízo de prognose, quais os interesses que estiveram na formação da vontade dos cônjuges no momento da celebração do casamento, pelo menos não do modo que o legislador optou por fazê-lo: geral e abstratamente. É que, se cônjuges haverá que se aproveitam do casamento para aumentar a sua fortuna, a verdade é que cremos que nem sempre assim acontece, pelo que o legislador não deveria ter partido dessa errada premissa para criar um mecanismo aplicável indistintamente a todos eles.

No que toca à partilha, enquanto “adultos livres e responsáveis”²⁶³ que são, a escolha feita pelos nubentes em sede de regulação das suas relações patrimoniais, mormente por via da convenção antenupcial ou a simples aceitação do regime supletivo, parece-nos dever merecer, da parte do nosso legislador, maior respeito e atenção. Se são eles que decidem casar-se e no limite divorciar-se, se é a eles que, regra geral, o legislador atribui, no momento anterior à celebração do casamento, a faculdade de conformar as suas relações patrimoniais de acordo com os seus concretos interesses, então nada nos parece mais acertado que fazer jus a essa mesma escolha do início ao fim daquela relação. Não havendo qualquer interesse superior que se entenda dever

²⁶¹ Neste campo também Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio. Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 23, se expressa no sentido da redação do art. 1790º lhe deixar algumas dúvidas por parecer implicar restrições à autonomia privada e à liberdade contratual.

²⁶² Rita Lobo Xavier, “Regime da Comunhão Geral de Bens e Partilha Subsequente ao Divórcio à Luz do Novo Artigo 1790.º do Código Civil”... *ob. cit.*, p. 535.

²⁶³ Conforme refere explicitamente Diogo Leite de Campos, *Lições de Direito da Família e das Sucessões...* *ob. cit.*, p. 267.

prevalecer²⁶⁴, crê-se que nada deveria obstar ao respeito pela autonomia privada dos cônjuges.

Ainda que se reconheça e considere plausível que o legislador receie ver a ampla liberdade atribuída aos cônjuges conduzir a escolhas levianas e gerar situações patrimonialmente arriscadas, favorecendo um deles em detrimento do outro²⁶⁵, o que não se considera de todo plausível é que se olvide o binómio liberdade/responsabilidade, que tão bem conhecemos e tanto caracteriza a nossa ordem jurídica. Queremos com isto significar que, não obstante haver aquele risco patrimonial de o casamento poder consubstanciar um modo de adquirir bens, sendo ele fruto da liberdade dos cônjuges, nada nos parece mais natural que cair no âmbito da sua responsabilidade as consequências práticas daquela decisão que se entende ter sido tomada em consciência.

Se o nubente a quem pertencem os bens de mais avultado valor determina juntamente com o outro adotar o regime da comunhão geral de bens, mesmo sabendo que as repercussões da sua decisão lhe poderão trazer futuramente prejuízos patrimoniais, então não se vislumbra o porquê do legislador pretender impedir tal solução. Recorde-se aliás, que nada exclui a legitimidade de estarmos perante uma hipótese em que os cônjuges, fazendo pleno uso da sua autonomia privada, decidiram casar num determinado regime de bens com o objetivo claro de comunicar certos bens²⁶⁶.

Pesem embora as adstrições do sentimento colocadas em primeiro plano neste novo regime jurídico do divórcio, com as quais não podemos, aliás, deixar de concordar, não esquecemos todavia, a decisiva importância que, vezes sem conta, assume o equilíbrio material estabelecido pelo regime de bens num determinado projeto de vida a dois²⁶⁷. Ou seja, ainda que com todo o mérito se exalte que o matrimónio há

²⁶⁴ Também António José Fialho, “Algumas questões sobre o novo regime jurídico do divórcio”, *Revista do CEJ*, n.º14, 2010, 2014, p. 117, entende não se vislumbrar qualquer fundamento de interesse público para que se afete a posição jurídica dos cônjuges desta forma. O autor acrescenta ainda que considera infundada a consideração do divórcio poder servir como forma de adquirir bens.

²⁶⁵ Sobre esta possibilidade da ampla liberdade poder conduzir a escolhas levianas e arriscadas escrevem Francisco Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família... ob. cit.*, p. 564, quando debruçados sobre a liberdade dos nubentes escolherem o regime de bens a vigorar no seu casamento.

²⁶⁶ António José Fialho, “Algumas questões sobre o novo regime jurídico do divórcio”... *ob. cit.*, pp. 117 e 118.

²⁶⁷ Neste sentido reitera Sofia Henriques, *Estatuto Patrimonial dos Cônjuges. Reflexos da Atipicidade do Regime de Bens... ob. cit.*, pp. 168 e 169 que não deve sequer dizer-se que os cônjuges não podem casar com interesses materiais, até porque, vezes sem conta, o regime de bens estabelece um equilíbrio patrimonial entre os cônjuges que se afigura verdadeiramente essencial ou decisivo naquele que é o relacionamento afetivo, “...não porque casem apenas pelo dinheiro, mas porque todo o regime primário

de ser escrito entre linhas baseadas em afetos, para resultado da felicidade individual – algo que nem sequer questionamos – de nada vale ignorar a importância assumida pela vertente patrimonial neste projeto de vida que se planeia funcional a todos os níveis.

Ora, é precisamente neste âmbito que questionamos se estará o legislador colocado em posição de acautelar os interesses dos cônjuges em melhor medida que eles próprios. Acredita-se, firmemente, que a resposta à questão não deve passar pela afirmativa até porque tal equivaleria, na prática, a passar um “atestado de menoridade”²⁶⁸ aos cônjuges, algo com que jamais nos poderíamos compadecer.

Entendemos, inclusive, que é precisamente nestas horas de crise que os cônjuges mais contam com o funcionamento do regime de bens por si escolhido e que por isso ele não deve falhar, desde logo porque como salienta Rita Lobo Xavier “...enquanto as relações pessoais correm bem, os cônjuges vão vivendo a sua comunhão de vida patrimonial da maneira que lhes dá mais jeito, sem cuidarem de saber se a sua prática se adequa à forma jurídica das suas relações patrimoniais.”²⁶⁹. Ademais, vezes sem conta esta escolha é somente feita tendo por base a hipótese daquele casamento chegar ao fim e não para os bons anos da sua duração. Digamos que os cônjuges, antevendo a possibilidade do casamento se dissolver, seja por morte ou por divórcio, antecipam o modo como pretendem, nesse caso, ver resolvida a sua situação patrimonial. De facto, não se compreende que seja nesta altura que os cônjuges mais precisam e mais se apoiam na Lei, que esta última acabe por lhes falhar. Acabamos por ter dois cônjuges que em situação de crise além de, frequentemente, não se poderem apoiar um no outro, não podem sequer, no limite, apoiar-se na Lei.

Além disso, se o próprio legislador é o primeiro a reconhecer que cada casamento é dotado de uma infinidade de particularidades que permite distingui-lo dos demais e não existe um qualquer regime de bens que se afigure passível de se adequar às circunstâncias de todos eles, não impondo por isso, regra geral, qualquer regime de bens, então como poderá esse mesmo legislador agora acreditar que com uma regra geral e abstrata como a da partilha constante no art. 1790º, conseguirá um regime tanto flexível, quanto justo e adequado a cada realidade familiar?

que vem associado a essa escolha do regime de bens é significativo, designadamente exigindo ou não a participação de ambos os cônjuges na prática de determinados actos e responsabilizando-os por dívidas contraídas apenas pelo outro cônjuge.”.

²⁶⁸ A expressão é usada por Amadeu Colaço, *Novo Regime do Divórcio... ob. cit.*, p. 75 em análise ao art. 1790º do CC.

²⁶⁹ Rita Lobo Xavier, *Limites à Autonomia Privada na Disciplina das Relações Patrimoniais Entre os Cônjuges... ob. cit.*, p. 506.

Se casos podem haver onde se consiga atingir essa tão aclamada justiça, outros haverá, onde, no entanto, ela sairá gravemente ferida. Pretendendo regular um núcleo restrito de situações onde se teme que um dos cônjuges use o casamento e o consequente divórcio como forma de aumentar única e exclusivamente o seu patrimônio, cremos que a melhor solução jamais deveria ter passado pela criação desta regra que, pelo seu caráter geral e abstrato, será de aplicar a qualquer casamento, independentemente de qualquer aferição e análise concreta. E o mesmo se diz no que toca à perda de benefícios do art. 1791º. A boa intenção do legislador acaba por pecar, a nosso ver, por excesso de cautela, suscitando que no limite se “proteja” até quem não carecia ou não pretendia ser protegido.

Sublinhe-se que não estamos, como jamais poderíamos estar, a defender qualquer regime de bens de comunhão geral ou próximo desta. Estamos, pelo contrário, a defender qualquer deles, da mais acérrima separação patrimonial à mais profunda comunhão, com uma única ressalva: desde que essa escolha haja resultado da vontade das partes, isto é, desde que seja fruto da sua vontade e autonomia. Até porque, tenha-se presente que se o regime escolhido pelos cônjuges adota uma comunhão mais intensa que a resultante do regime da comunhão de adquiridos isso deve-se, pura e simplesmente, à permissão que lhes fora concedida pelo legislador em sede de convenção antenupcial²⁷⁰. Foi o legislador quem, em homenagem à autonomia privada, consentiu e legitimou aquela escolha, assim como também foi ele quem posteriormente a tornou imutável.

Será, portanto, razoável entender que a mesma entidade que concedeu aos nubentes a possibilidade de conformar os seus interesses patrimoniais da melhor forma que lhes aprouvesse e simultaneamente os impediu de, em momento posterior à celebração do casamento, alterar essa mesma escolha, seja agora a mesma entidade que vem impor que a partilha se faça impreterivelmente e para ambos os cônjuges por referência ao regime da comunhão de adquiridos? Parece-nos que não. Não vemos realmente forma de defender essa razoabilidade.

O mesmo raciocínio faz-se no que tange à perda de benefícios, outra norma que para nós se afigura um clamoroso desrespeito pelo princípio da autonomia privada e, neste caso, não afeta só os cônjuges, na medida em que em causa pode estar a caducidade de liberalidades provenientes de terceiros. Ainda que se pretendesse

²⁷⁰ António José Fialho, “Algumas questões sobre o novo regime jurídico do divórcio”, *Revista do CEJ*, n.º14, 2010, 2014, p. 117.

equacionar a caducidade daqueles benefícios, pelo facto do divórcio ter colocado fim ao casamento que lhes servia de base, crê-se que tal resultado jamais deveria resultar automático da Lei, mas antes de uma manifestação de vontade do doador. E não se argumente em auxílio da atual disposição legal, a possibilidade do doador determinar a reversão dos benefícios para os filhos do casamento prevista no n.º 2 do 1791º, ou até mesmo a possibilidade do doador voltar a doar aquele bem que reingressou na sua esfera jurídica, até porque pode não conseguir obter-se o mesmo resultado e, além disso, para rebater este tipo de argumentação, basta tão-somente que se pondere uma situação onde o disponente para quem o bem reverte tenha já falecido; uma situação onde o bem doado tenha já perecido ou tenha sido adquirido por terceiro²⁷¹.

Pois bem, estas hipóteses, imaginadas mas não inimagináveis, são algumas das situações que nos permitem demonstrar a parca prudência e ponderação com que o legislador cuidou a problemática. A forma simplista com que se solucionou a redação deste artigo fez com que ficassem sem resposta inúmeras e importantes questões merecedoras da atenção do legislador.

Numa tentativa de buscar algumas respostas e com a consciência de que são duas conjecturas diversas que não se confundem, entendem Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira que poderia aqui tentar-se um paralelo com o regime do art. 978º do CC referente à revogação das doações por ingratidão do donatário²⁷². Os autores admitem ser razoável que na circunstância de o doador ter já transmitido os bens doados a terceiro, seja por venda, troca ou doação, que esses atos mantenham a sua validade plena de forma a protegê-los, podendo simplesmente exigir-se do donatário o valor dos bens tal como prevê o n.º 3 do 978º CC.

De facto, outras opções existiam sem que fosse necessário seguir pela via da caducidade daqueles benefícios, especialmente sem que se recorresse à caducidade automática, que nem sequer cuida de perscrutar a vontade do doador. Poder-se-ia desde logo ter optado, em nome da autonomia privada, por se conceder ao disponente do bem, em caso de divórcio, a faculdade de revogar aquela liberalidade se assim o entendesse, situação em que se asseguraria o respeito pela autonomia da vontade sem que isso equivalesse à aplicação de uma norma que, pela sua generalidade e abstração, cria a forte probabilidade de ferir os concretos interesses em jogo.

²⁷¹ Neste sentido, também Amadeu Colaço, *Novo Regime do Divórcio... ob. cit.*, p. 93, demonstra a sua preocupação, afirmando crer que muitas serão as questões suscitadas por este novo regime.

²⁷² Francisco Pereira Coelho/ Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família... ob. cit.*, p. 770.

Chamando à colação o regime anteriormente vigente, onde se aplicava a perda de benefícios quanto ao cônjuge único ou principal culpado e a sua manutenção quanto ao outro cônjuge, nada impedia que, uma vez expurgada a culpa e nenhum cônjuge sendo considerado culpado, ao invés deste espinhoso caminho da caducidade, se adotasse o regime anteriormente aplicável ao cônjuge inocente: a manutenção dos benefícios quanto a ambos. Ter envergado por este último caminho, teria sido, no nosso entendimento, a melhor opção; mas uma vez que o legislador não compartilhou desta mesma opinião e optou pela reversão automática dos benefícios a favor do doador quanto aos dois, então crê-se que o mínimo exigível teria sido criar um regime dotado de completude com resposta para todas as questões suscetíveis de serem levantadas. Se fazia o legislador tanta questão em impedir que os cônjuges saíssem do casamento com aqueles benefícios, então parece-nos que não teria sido demais exigir que tivesse dedicado um pouco mais do seu tempo na reflexão das consequências da sua escolha.

Continuando, além destes constantes atentados à autonomia privada que lamentavelmente caracterizam o regime jurídico do divórcio saído da reforma de 2008, acrescentamos ainda que é também para nós claramente duvidoso que se consiga dar cumprimento ao escopo a que a norma se propõe, de pretender evitar enriquecimentos injustificados de um cônjuge à custa do outro e conseguir uma repartição justa daquilo que haja resultado do esforço comum do casal.

Quanto à questão de evitar enriquecimentos injustificados de qualquer dos cônjuges em detrimento do outro, avaliando de perto a situação, o que curiosamente pode acabar por resultar da aplicação do regime legal é apenas a alteração do cônjuge que sai beneficiado do casamento, isto é: ao tentar impedir que um cônjuge saia do casamento com alguma vantagem em detrimento do outro, o legislador acaba por não fazer mais do que beneficiar este último em detrimento daquele primeiro. Assim, na esteira de Rita Lobo Xavier patenteamos firmemente que o resultado da aplicação do atual 1790º é tudo menos “neutro”: a tentativa de eliminar um eventual enriquecimento acaba sempre por produzir “...a espoliação correspondente e esta não deixa de corresponder a um outro enriquecimento, se se tiver por referência o regime de bens fixado.”²⁷³.

²⁷³ Rita Lobo Xavier, “Regime da Comunhão Geral de Bens e Partilha Subsequente ao Divórcio à Luz do Novo Artigo 1790.º do Código Civil”, in AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, sob direção de Armando Guedes/Helena Brito/Ana Prata/Rui Duarte/Mariana Gouveia, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 536.

E clara é também a dificuldade de o legislador conseguir dar cumprimento ao objetivo a que se propôs com este novo método de fazer a partilha dos bens do casal, desde logo pela dificuldade bem patente de com o divórcio se conseguir redistribuir equitativamente tanto as vantagens, quanto os sacrifícios²⁷⁴. Em situações como aquela que atrás identificamos, por certo, durante o casamento, não se identificam dificuldades de maior na medida em que ambos partilham a perda e o ganho. A questão muda, no entanto, e rapidamente, de panorama, no momento de efetivar o divórcio onde, frequentemente, apesar de ambos manterem os benefícios, somente um deles acaba por arcar com um dos maiores prejuízos passível de ser sofrido: a perda da capacidade aquisitiva.

Permitirá a partilha segundo o regime da comunhão de adquiridos, possibilitar que se partilhe efetivamente tudo que resultou do esforço conjunto dos cônjuges? Cremos, como Rute Pedro afirma, que nem sempre assim será e que, não raras vezes, poderá daqui resultar que se atraiçoe o princípio de justiça material²⁷⁵.

Pegando no exemplo atrás desenvolvido, poder-se-á entender que a partilha nos termos legalmente impostos faz jus na sua repartição a todo o esforço dispensado ao longo daqueles mais de vinte anos? De momento, não nos referimos sequer aos limites em termos de valor impostos pelo legislador, pois, quanto a eles, disferimos já que a nosso ver resultam de um claro atentado à autonomia privada dos cônjuges, por irem contra a sua escolha. Referimo-nos, antes, ao incremento de capacidade aquisitiva que aquele esforço conjunto permitiu ao cônjuge **B** e à conseqüente perda, também de capacidade aquisitiva, sofrida pelo cônjuge **A**²⁷⁶.

Note-se que dificilmente teria sido possível um dos cônjuges dedicar-se inteiramente à sua profissão e investir profundamente na sua formação, melhorando as suas capacidades se não tivesse, por outro lado, todo o apreço, companheirismo e

²⁷⁴ Rita Lobo Xavier, “Regime da Comunhão Geral de Bens e Partilha Subsequente ao Divórcio à Luz do Novo Artigo 1790.º do Código Civil”... *ob. cit.*, p. 536 e M.ª João Romão Carreiro Vaz Tomé, “Algumas Reflexões Sobre a Obrigação de Compensação e a Obrigação de Alimentos Ente Ex-Conjuges”... *ob. cit.*, p. 432.

²⁷⁵ Rute Teixeira Pedro, “A Partilha do Património Comum do Casal em Caso de Divórcio. Reflexões Sobre a Nova Redação do art. 1790.º do Código Civil”... *ob. cit.*, p. 454.

²⁷⁶ Acerca do que aqui acabamos de dizer deixa bem patente M.ª João Romão Carreiro Vaz Tomé, “Considerações Sobre Alguns Efeitos Patrimoniais do Divórcio na Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro: (in)Adequação às Realidades Familiares do Século XXI?”... *ob. cit.*, p. 163, que “o capital humano pode aumentar ou diminuir em virtude de opções realizadas na vigência do casamento.”. Neste sentido pronuncia-se ainda Allen M. Parkman, “The ali principles and marital quality”, *Duke Journal of Gender Law & Policy*, vol. VIII, n.º 1, 2001. <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1044&context=djglp>, consultado a 17-06-2017.

disponibilidade do outro cônjuge... Se não tivesse, enfim, uma vida familiar estável e quem, tantas vezes em seu lugar, fosse presença assídua na vida dos filhos. E, note-se ainda, que foi em virtude de toda aquela dedicação que, aquele outro cônjuge, ao contrário deste, acabara por desinvestir de si próprio.

Com isto, acaba por demonstrar-se que mais uma vez aquilo que o legislador consegue é alterar o cônjuge que sai enriquecido: ao invés de ser o cônjuge **A** acaba agora por ser o cônjuge **B**, por beneficiar daquele incremento de capacidade aquisitiva, que sendo fruto do esforço conjunto do casal e não sendo partilhado, trará unicamente àquele cônjuge benesses para o resto da sua vida. Benesses que, se avaliadas, representariam muito mais que aqueles outros bens patrimoniais.

Como refere M.^a João Tomé, tão importante como a regra da partilha é a determinação do conjunto de bens sujeitos a esta regra²⁷⁷; e quanto a isto, acrescenta ainda que uma vez mais o legislador deixou escapar a oportunidade de redefinir o conceito de bens comuns e descurou a relevância patrimonial da capacidade aquisitiva²⁷⁸. A autora diz que, se é verdade que o capital humano não se assemelha aos tradicionais bens patrimoniais por ser insuscetível de alienação, não deixa de ser menos verdade que os serviços resultantes desse capital humano podem também ser alienados e afirma ainda que, sem qualquer dúvida, a capacidade aquisitiva é passível de gerar rendimento²⁷⁹.

Cada vez mais e para que se produzam resultados adequados à realidade em que vivemos, há de ter presente que a riqueza não passa somente por um aglomerado de bens móveis e imóveis; há, além disso, muito mais a ter em conta, designadamente a

²⁷⁷ M.^a João Romão Carreiro Vaz Tomé, “Considerações Sobre Alguns Efeitos Patrimoniais do Divórcio na Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro: (in)Adequação às Realidades Familiares do Século XXI?”... *ob. cit.*, p. 195.

²⁷⁸ Neste contexto, v. M.^a João Romão Carreiro Vaz Tomé, “Considerações Sobre Alguns Efeitos Patrimoniais do Divórcio na Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro: (in)Adequação às Realidades Familiares do Século XXI?”... *ob. cit.*, pp. 154 e 161 e M.^a João Romão Carreiro Vaz Tomé, “A Esquecida Conexão Patrimonial entre o Direito da Família e o Direito da Previdência Social” ... *ob. cit.*, p. 544 onde a autora refere que o termo “bens comuns” não deve ser entendidos no sentido “...específico e limitado de coisa, enquanto bem material objecto de direitos reais, mas na sua acepção mais ampla, significativa de todas aquelas realidades expressivas de um novo valor patrimonial, de uma nova utilidade... Abrangem uma variedade de todas aquelas fontes de riqueza, velhas e novas, que ultrapassam em muito as coisas corpóreas.”. No mesmo sentido recomenda-se ainda a leitura de Allen M. Parkman, “The ali principles and marital quality”... *ob. cit.*, que em termos muito precisos desenvolve a temática de ter em conta a capacidade aquisitiva enquanto bem comum do casal para efeitos do divórcio, deixando bem evidente que o capital humano não pode ser ignorado, desde logo porque, entende ser fundamental reconhecer e compensar os cônjuges divorciados por todos os sacrifícios que fizeram elas suas famílias.

²⁷⁹ M.^a João Romão Carreiro Vaz Tomé, “Considerações Sobre Alguns Efeitos Patrimoniais do Divórcio na Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro: (in)Adequação às Realidades Familiares do Século XXI?”... *ob. cit.*, pp. 161 e segs..

chamada nova propriedade²⁸⁰. M.^a João Tomé chega mesmo a afirmar que “Em muitos casamentos, a capacidade aquisitiva constitui o único bem economicamente relevante.”²⁸¹. Isto porque, com grande frequência, o desenvolvimento da carreira profissional acaba por ser, indubitavelmente, o projeto, ou um dos projetos de maior importância empreendido pelos cônjuges.

A bondade de regime ansiada pelo nosso legislador acaba por ser fortemente condicionada, inclusive pelo próprio funcionamento dos outros mecanismos corretores de desequilíbrios como é o caso do crédito compensatório. O grande entrave que aqui reside e nos leva sem demoras a concluir pelo presumível fracasso deste objetivo é o facto de se pretender solucionar um problema com outro ainda maior²⁸². Se entendemos que a justiça de resultados da partilha fica dependente do bom funcionamento da figura do crédito compensatório, então somos lamentavelmente obrigados a admitir que ao invés de se resolver, a situação se complica ainda mais, e quanto a isto, por forma a não nos tornarmos repetitivos, remetemos somente para toda a problemática que acarreta a aplicação daquele crédito por nós já abordada em momento anterior. De facto, se o crédito compensatório funcionasse adequadamente, algumas das questões aqui levantadas, nomeadamente as que contendem com a valorização do capital humano e da capacidade aquisitiva, estariam já solucionadas e não despoletariam novamente a nossa preocupação no momento da partilha. Mas disto depende daquele “se”, que como tivemos já oportunidade de indagar anteriormente, se encontra ainda envolto em numerosas e significativas reticências...

No momento do divórcio, tão importante como garantir que se partilha somente aquilo que resultou do esforço comum, é garantir que se partilha tudo o que desse esforço haja resultado, e não é de todo claro que se consiga assegurar esta dupla condição²⁸³, especialmente se atendermos que a preocupação do nosso legislador versou em maior medida sobre aquela primeira premissa.

²⁸⁰ Rute Teixeira Pedro, “A Partilha do Património Comum do Casal em Caso de Divórcio. Reflexões Sobre a Nova Redação do art. 1790.º do Código Civil”... *ob. cit.*, p. 454 fala, neste contexto, dos direitos relativos ao funcionamento de sistemas de previdência e proteção social.

²⁸¹ M.^a João Romão Carreiro Vaz Tomé, “Considerações Sobre Alguns Efeitos Patrimoniais do Divórcio na Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro: (in)Adequação às Realidades Familiares do Século XXI?”... *ob. cit.*, pp. 195 e 196.

²⁸² Situação para a qual também Amadeu Colaço, *Novo Regime do Divórcio*... *ob. cit.*, p. 76 chama a atenção.

²⁸³ Neste sentido cfr. Rute Teixeira Pedro, “A Partilha do Património Comum do Casal em Caso de Divórcio. Reflexões Sobre a Nova Redação do art. 1790.º do Código Civil”... *ob. cit.*, p. 455.

Por tudo o que avançamos até então, podemos verificar que estamos, portanto, na presença de duas soluções (a do art. 1790º e 1791º do CC) que, com grande probabilidade, nos podem conduzir a situações de extrema injustiça com a qual não poderíamos (nem nós, nem os cônjuges) contar. De facto, esta mudança de paradigma em 2008 viera em muito alterar as ditas “regras de jogo”, inclusive para casais que haviam já lançado os dados há muito tempo atrás; mas sobre isto debruçar-nos-emos um pouco mais à frente.

O regime destes artigos sobre os quais temos vindo a discorrer, merece, ainda da nossa parte, uma outra depreciação que se prende com as diferentes soluções desenhadas quando o casamento se dissolva por morte ou por divórcio, na medida em que as soluções dos arts. 1790º e 1791º são de aplicar tão somente se o casamento se dissolver por via daquele último (não que se ache que deveria aplicar-se às duas situações, bem pelo contrário). Admitindo que se pode legitimamente encarar com diferentes olhos a dissolução do casamento por morte ou por divórcio pelo diferente circunstancialismo que lhes está inerente²⁸⁴, julgamos, todavia, que essa distinção deve ser colocada nas mãos das partes, ao invés de resultar diretamente da vontade do legislador.

A autonomia da vontade pela importância com que a encaramos, não nos permite, enfim, compreender a razão pela qual o legislador faz com que o divórcio dite a sua perda de valor se os cônjuges decidem, mais uma vez em nome dessa autonomia, pôr fim ao casamento por divórcio. Qual o sentido de se permitir que os cônjuges regulem as suas relações patrimoniais de forma personalizada em sede de convenção antenupcial, se depois no momento da partilha se trata esses mesmos cônjuges indistintamente por apelo a uma regra tão geral e abstrata quanto cega aos seus próprios interesses? Qual o sentido, se foi precisamente para estas situações que os cônjuges pensaram o regime de bens?

Bem sabemos que aquela plena comunhão de vida, tanto no plano pessoal como patrimonial se pretende tendencialmente perpétua, mas sabemos ainda que esta é uma realidade que tem vindo a sofrer mutações e há de ser interpretada no contexto social em que atualmente se insere. Acreditando, inclusive, que o próprio legislador está consciente disso, pela forma com que tem vindo a facilitar, a nosso ver bem, o acesso ao divórcio, não deixa de nos causar perplexidade o facto de estar disposto a aceitá-lo mas

²⁸⁴ Neste sentido Rita Lobo Xavier, “Regime da Comunhão Geral de Bens e Partilha Subsequente ao Divórcio à Luz do Novo Artigo 1790.º do Código Civil”... *ob. cit.*, p. 354.

no momento de regular as suas consequências, punir aqueles que sigam por este caminho.

Acreditamos firmemente que aquela tendência de perpetuidade que deve revestir o casamento não se mede pela soma dos anos que ele haja durado, nem sequer pela forma da sua dissolução. Um casamento dissolvido por divórcio pode perfeitamente, ao longo dos dez anos da sua duração, na nossa forma de encarar as coisas, ter cumprido melhor aquele desígnio de tendencial perpetuidade que um qualquer casamento de vinte ou trinta anos dissolvido por morte. Não sendo na realidade qualquer deles perpétuo, pelo menos enquanto celebrado por comuns mortais que fazem ditar a sua consequente dissolubilidade, crê-se que valores mais importantes haveriam a aferir, caso se pretendesse qualquer tipo de distinção.

Cogitem-se as seguintes situações: na primeira, os cônjuges são casados há mais de vinte anos mas viveram os últimos dez em constante conflito; um deles é constantemente infiel e agride com bastante frequência o outro, que resiste em seguir a via do divórcio em nome das suas crenças religiosas e o casamento acaba por dissolver-se pela morte daquele primeiro. Na segunda situação, os cônjuges são igualmente casados há mais de vinte anos, mas nos últimos dois vinham constantemente a incompatibilizar-se e decidem por acordo, porque aquele vínculo já não é saudável para qualquer deles, divorciar-se. Tendo em conta a naturalidade com que o divórcio é aceite nos nossos dias, fará algum tipo de sentido, falando em termos comparativos, punir estes últimos cônjuges pelos simples facto de se terem divorciado? É que é isso que resulta líquido da Lei... Naquele primeiro caso, a partilha dos bens do casal far-se-á de acordo com o regime de bens por eles escolhido e não haverá caducidade dos benefícios a que alude o art. 1791º, ao passo que, naquela segunda situação, se aplicará não só a perda de benefícios desse artigo como o limite da partilha imposto no art. 1790º. Justificar-se-á esta dualidade de regime? Cremos que não.

Se, por um lado, concordamos com o legislador quando na exposição de motivos do projeto de Lei n.º 509/X admite que o anterior regime castigava um culpado, não podemos, no entanto, concordar quando, no completar do seu raciocínio, acrescenta ainda que premiava um inocente²⁸⁵. Não era isto que, a nosso ver, resultava da letra da Lei, não porque o que se fazia era simplesmente respeitar as escolhas que se havia feito, dando uso à autonomia privada, o que de modo algum poderia ser encarado como um

²⁸⁵ Neste mesmo sentido, Amadeu Colaço, *Novo Regime do Divórcio... ob. cit.*, p. 76.

prémio ou uma recompensa do legislador ao cônjuge inocente ou menos culpado. Permitir que aquele cônjuge recebesse na partilha o respetivo valor dos bens que lhe cabia, em função do regime de bens que ele próprio juntamente com o outro havia estipulado e permitir que mantivesse todos os benefícios que, em nome da autonomia privada, o outro cônjuge ou terceiro lhe tivessem atribuído, não configura, a nosso ver, nenhum ato de premiação mas antes, pura e simplesmente, um ato de respeito pela autonomia privada de adultos que se repita mais uma vez: são livres e responsáveis.

Se, de alguma forma, poderíamos entender o regime anterior como rígido e aleatório por ser impreterivelmente marcado por aquela ideia de culpa sem mais, então a verdade é que esse regime acabara substituído por outro ainda mais rígido e mais aleatório, completamente cego às circunstâncias do caso concreto²⁸⁶, sem que consigamos entender em homenagem a que valores o legislador o fez.

A mesma entidade que pugnou pelo simplificar e facilitar do divórcio acabou também por ser aquela que, impensadamente, cremos nós, criou regras que podem, na prática, produzir o efeito exatamente oposto ao pretendido; basta pensar-se na eventualidade de estar em causa a perda, seja na partilha por força do limite imposto pelo legislador, seja a título de perda de benefícios de qualquer bem ou valor que pelo seu elevado montante ou importância acabe por constituir, na prática, um fator impeditivo para que o(s) cônjuge(s) desencadeiem o divórcio²⁸⁷.

Pesem, embora, todos os constrangimentos resultantes da atual letra da Lei, sublinhe-se ainda assim, que tal não equivale a perfilhar o entendimento de que teria sido melhor a manutenção do divórcio culposo, como defendeu o Presidente da República aquando do seu veto ao diploma²⁸⁸. Entende-se, na esteira de Cristina Dias²⁸⁹,

²⁸⁶ Jorge Duarte Pinheiro, “Ideologias e Ilusões no Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais”... *ob. cit.*, pp. 480 e 481.

²⁸⁷ No âmbito dos efeitos perversos que o novo regime do art. 1791º pode provocar, Amadeu Colaço, *Novo Regime do Divórcio...* *ob. cit.*, pp. 94 e 95, concretiza a questão exemplificando com a hipótese de um dos cônjuges viver economicamente dependente dos rendimentos provenientes de imóveis que houvessem sido doados por terceiro em virtude daquele casamento, caso em que apesar de nada impedir aquele cônjuge de avançar com o divórcio, a verdade é que não se pode descuidar que a potencial perda daqueles benefícios pode perfeitamente, na prática, funcionar como um efetivo impedimento ao materializar daquela decisão de prosseguir com o divórcio. E ainda neste contexto, desta feita no que toca ao regime do art. 1790º também Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações do Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais. Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro...* *ob. cit.*, pp. 35 e 36, se pronuncia no sentido da norma figurar um claro desincentivo ao recurso à dissolução do casamento por divórcio.

²⁸⁸ Seguimos aqui o entendimento de Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio. Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro...* *ob. cit.*, pp. 24 e 25 que demonstra o seu desacordo para com as declarações do Presidente da República.

²⁸⁹ Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio. Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro...* *ob. cit.*, p. 25, e ainda António José Fialho, “Algumas questões sobre o novo regime

que, perfeitamente possível e defensável, teria sido que se tivesse eliminado a culpa quanto às causas, mas não quanto aos efeitos do divórcio²⁹⁰. Podia, aliás, ter-se optado pela simples eliminação dos preceitos, uma vez que pressupunham a ideia de culpa também eliminada ou, no mínimo, permitir que as partes afastassem a norma, de modo a que não atentasse contra a sua vontade, assim como se poderia ter remetido a sua aplicação somente quanto aos casamentos futuros, mas sobre esta última opção discorreremos de seguida. Enfim, pretendemos, no fundo, demonstrar com isto que o caminho que acabara percorrido pelo legislador não era o único possível, nem tão pouco o mais sensato no nosso entender.

2.3. *A aplicação da Lei no tempo e a sua conformidade com a CRP*

Se as soluções preconizadas sobre as quais nos temos vindo até então a debruçar, nos suscitam grandes inquietações pela injustiça que da sua aplicação prática pode resultar, a verdade é que essas inquietações duplicam quando confrontadas com a solução do art. 9º da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, onde o legislador estabeleceu que “o presente regime não se aplica aos processos pendentes em tribunal”. Concretizando o teor da norma, retira-se dela, *a contrario*, que aquela Lei será de aplicar a quaisquer divórcios que venham a pender em tribunal, depois da entrada em vigor daquela Lei, excluindo-se tão-somente aqueles que àquela data se encontrassem já pendentes.

Como facilmente se pode constatar, daqui resulta que quaisquer cônjuges que depois de 30 de novembro de 2008 decidam divorciar-se, ver-lhe-ão aplicadas as soluções, entre outras, dos arts. 1790º e 1791º, o que configurará, com bastante frequência, a aplicação destas normas a relações matrimoniais constituídas muito antes daquela data. Ora, se é para nós de fácil antevisão que esta conjuntura pode acabar por conceber sacrifícios irrazoáveis para os cônjuges, atendendo à nova redação da Lei, não podemos, no entanto, deixar de constatar que aquela mesma antevisão pode não ter sido possível aos cônjuges no momento que, decidindo casar-se, fizeram a escolha do regime

jurídico do divórcio”... *ob. cit.*, p. 114 e Eva Dias Costa, *Da Relevância da Culpa nos Efeitos Patrimoniais do Divórcio*... *ob. cit.*, p. 146.

²⁹⁰ Como salienta a autora esta não era sequer uma solução inovadora no nosso ordenamento jurídico, pelo contrário: era aliás o que já resultava, no regime anterior à vigência da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, sempre que se tratasse de um divórcio litigioso por causa objetivas onde “...o juiz não tinha que saber quem era o culpado para decretar o divórcio, mas não deixava de aferir da culpa de um ou de ambos os cônjuges para efeitos do divórcio...”. Cfr. Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio. Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro*... *ob. cit.*, p. 25.

de bens e/ou aceitaram certos benefícios em favor do casamento, o que na verdade acontecerá sempre que o casamento seja anterior à entrada em vigor da Lei, e convenhamos, que essa anterioridade tanto se pode ter dado um ano antes, como vinte ou trinta.

Note-se que os cônjuges colocados em tal situação foram legitimamente conduzindo a sua vida e fazendo as suas escolhas, sem que nesse momento pudessem contar com a redação destas normas, cujos resultados se poderão ver confrontados uma vez optando pelo divórcio.

Não nos restam dúvidas de que se os cônjuges tivessem conhecimento desde a data da celebração do casamento, de que uma vez dissolvido o casamento por divórcio não poderiam receber na partilha mais do que receberiam se o casamento tivesse sido celebrado no regime da comunhão de adquiridos, nem quaisquer benefícios que lhes houvessem sido atribuídos em virtude do casamento, ou em consideração do estado de casado, tinham tomado em várias ocasiões das suas vidas decisões em sentido diverso daquelas que na realidade tomaram.

No que toca à perda de benefícios do art. 1791º, pense-se desde logo num casal em que um dos cônjuges organizou toda a sua vida, sobretudo em termos económicos, em torno de algum bem que por hora do casamento lhe havia sido doado. Cremos, nesta situação, que aquele cônjuge não teria ficado economicamente dependente dos proventos advindos daquela liberalidade se desde sempre estivesse consciente que o bem reverteria ao doador se eventualmente se divorciasse. Relembre-se que, falar de um matrimónio concebido antes deste novo regime jurídico, equivale, nestes termos, a falar de um ou dois cônjuges que, quando aceitaram aquela liberalidade, não corriam o risco de a ver reverter à esfera do doador, a menos que se tratasse do cônjuge declarado único ou principal culpado, situação em perdía a liberalidade como forma de sanção. O que dizer de uma Lei, que tantos anos depois daquela decisão se ter solidificado e repercutido nas suas vidas, vem alterar todo o paradigma em vigor? O que dizer àquele(s) cônjuge(s), que sem poder sequer contar com isso, podem ver as suas vidas profundamente alteradas?

Também a norma do art. 1790º referente à partilha nos suscita desassossegos da mesma ordem, pois também ela pode, na prática, colocar os cônjuges em situação de grande vulnerabilidade. Equacione-se neste contexto **A** e **B** casam em 1990 em regime de comunhão geral de bens: **B** levou para o casamento um único bem: um terreno no valor de 8.000 € e **A** bens que ascendiam a 12.000 €. Em 2006, passando por uma

situação económica mais débil, decidem vender um dos seus bens e optam por se desfazer do terreno que havia sido **B** a levar para o casamento, por ser excessivamente afastado do local onde as suas vidas se desenrolavam e por entenderem não ser de grande serventia na vida familiar. Convictos de que todos os bens eram comuns – por se encontrarem casados no regime da comunhão geral de bens – e de que por isso seria indiferente vender um bem que tivesse sido a mulher ou o marido a levar para o casamento, nesta decisão como em tantas outras, este casal baseou as suas escolhas no regime de bens que a Lei lhes havia permitido escolher. Equacione-se que em 2017 decidem dissolver o matrimónio e quase todos os bens existentes à data – não obstante de à luz da comunhão geral serem bens comuns – são à luz da comunhão de adquiridos considerados bens próprios de **A**.

Assim, estando casados em regime de comunhão geral e havendo bens no valor de 14.000 €, todos eles considerados bens comuns à luz desse regime, dir-se-ia, num primeiro momento, que cada um dos cônjuges receberia na partilha 7.000 €. E assim seria, não fosse a atual redação do artigo 1790º do CC que, desde 2008, estatui que nenhum dos cônjuges pode, na partilha, receber mais do que receberia à luz da comunhão de adquiridos. Ora, à luz deste último regime, 12.000 € eram bens próprios de **A** e 2.000 € bens comuns, o que nos permite depreender que **A** não poderia receber mais do que 13.000 € e **B** mais do que 1.000 €.

Acreditamos firmemente que se aqueles cônjuges, especialmente o cônjuge **B** pudessem ter antecipado estes resultados, as suas decisões teriam seguido um rumo diferente e o divórcio não acarretaria agora para si repercussões tão irrazoáveis quanto esta. Se o cônjuge pudesse ter contado com esta solução, podia ter repensado a venda daquele terreno, que agora figurando no seu património lhe traria uma maior comodidade económica do que aqueles míseros 1.000 €.

Faz notar Rute Pedro, que assume, neste âmbito, extrema importância a necessidade de se fazer uma “reconstrução póstuma, à luz do *novo* sistema imperativo de partilha, da teia de fluxos patrimoniais pretéritos”²⁹¹. Volta aqui a patentear, a por nós já aludida, ideia de equidade patrimonial, que faz urgir a necessidade de se corrigirem os desequilíbrios patrimoniais que ao longo da vida em comum se foram materializando e

²⁹¹ Rute Teixeira Pedro, “A Partilha do Património Comum do Casal em Caso de Divórcio. Reflexões Sobre a Nova Redação do art. 1790.º do Código Civil”... *ob. cit.*, pp. 459 e segs..

colocando em causa a ideia de equidade²⁹². Para que tal aconteça, relembra a autora a importância assumida pelos mecanismos de sub-rogação real do art. 1723º e das compensações previstas em vários pontos do nosso ordenamento jurídico²⁹³.

A grande problemática trabalhada pela autora e que também aqui se levanta é, no entanto, simples de adivinhar e reside nas dificuldades de se efetivar a reconstrução de todas aquelas deslocações patrimoniais que, ao longo da vigência do casamento proliferaram, e são agora extremamente difíceis, seja de identificar, seja de comprovar, especialmente se atendermos que estamos na presença de cônjuges que sempre confiaram que a partilha se viesse a efetivar de acordo com o regime de bens por eles escolhido. Não é, de facto razoável, pedir que os cônjuges houvessem cuidado de registar todas as deslocações patrimoniais ocorridas na constância do seu casamento. Eles não previram, nem sequer tinham como prever que aquela demonstração se viria a revelar necessária em termos futuros. Menos ainda tinham como prever que aquela reconstrução se afiguraria relevante, para operar a reconstrução da composição que o seu património teria à luz das regras de um regime de bens que nem sequer havia vigorado no seu casamento. Mas as dificuldades não ficam por aqui; é que se vezes existem em que as deslocações patrimoniais se consubstanciam na transferência de uma massa patrimonial para outra, a questão é que nem sempre tal acontece, e se pode dar, com bastante frequência até, o caso de se tratar de meros gastos sem que haja um correspondente patrimonial aquisitivo, pelo que nestas situações será acrescida a dificuldade de subsumir os factos aos mecanismos corretores de desequilíbrios. Conclui-se assim, que acabam por ficar os cônjuges dependentes de uma reconstrução patrimonial, que além de sempre ser difícil de efetivar, nem sequer é sempre possível²⁹⁴.

Estas não são, enfim, as únicas situações e dificuldades passíveis de serem desenhadas, e se casos haverá em que as normas dos arts. 1790º e 1791º não influirão nas vidas dos cônjuges, com toda a certeza que outros haverá, como aqueles que supra descrevemos, onde os estragos alcançarão dimensões in comportáveis, e tudo isto porque o legislador se achou em melhor posição que os próprios cônjuges, para decidir sobre as suas vidas.

²⁹² Rita Lobo Xavier, *Limites à Autonomia Privada na Disciplina das Relações Patrimoniais Entre os Cônjuges...* *ob. cit.*, p. 421.

²⁹³ São exemplos dessas compensações os arts. 1697º; o 1722 n.º 2; o 1726º; o 1727º e 1728º n.º1, entre outros.

²⁹⁴ Encontramo-nos neste parágrafo a seguir o pensamento desenhado por Rute Teixeira Pedro, “A Partilha do Património Comum do Casal em Caso de Divórcio. Reflexões Sobre a Nova Redação do art. 1790.º do Código Civil”... *ob. cit.*, pp. 459 e segs..

De facto, a nossa apreensão quanto ao teor destas normas aumenta em muito quando as vemos serem aplicadas a relações jurídicas constituídas antes da sua própria existência e, tendo presente os exemplos supra enunciados, cremos que é fácil compreender-se o porquê. A aplicação destes artigos a estas situações faz perigar a segurança que se entende necessária para que qualquer pessoa possa “... conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida.”²⁹⁵, e nestes termos conforme explicita Jorge Reis Novais, “sem a possibilidade juridicamente garantida, de poder calcular e prever os possíveis desenvolvimentos da actuação dos poderes públicos susceptíveis de se reflectirem na sua esfera jurídica, o indivíduo converter-se-ia, com violação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, em mero objeto do acontecer estatal.”²⁹⁶.

Assim, o princípio da proteção da confiança pela estreita ligação que tem com o princípio da segurança jurídica e pela importância que ambos revestem, considera-se, juntamente com este último, um importante elemento constitutivo do Estado de Direito²⁹⁷. Em sentido amplo, o princípio geral da segurança jurídica, no qual se insere a ideia de proteção da confiança pode-se formular com base no direito do indivíduo poder confiar que aos seus atos devem corresponder os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico²⁹⁸, e é precisamente a frustração desta confiança que entendemos resultar da aplicação daquelas duas normas a relações já constituídas. Note-se que os cônjuges confiaram, que a sua autonomia seria respeitada, especialmente, pensando no caso do regime de bens, porque havia sido o próprio legislador a atribuir-lhes a liberdade de fazer a escolha do regime de bens, além de ter ainda revestido essa escolha de imutabilidade o que só contribuiu ainda mais para a consolidar a confiança depositada.

Não se compreende, de todo, a escassez com que a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, tutela a confiança depositada pelos cônjuges no projeto matrimonial, não

²⁹⁵ J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2.ª reimpressão da 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 257. Do mesmo modo também João Batista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, reimpressão da 17ª ed., Coimbra, Almedina, 2008, pp. 56 e 57, escreve que “como conhecimento prévio daquilo com que cada um pode contar para, com base em expectativas firmes, governar a sua vida e orientar a conduta, a segurança jurídica aparece-nos sob a forma de “certeza jurídica”.”

²⁹⁶ Jorge Reis Novais, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 816.

²⁹⁷ Neste sentido, Jorge Reis Novais, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição... ob. cit.*, p. 816; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição... ob. cit.*, p. 257 e António José Fialho, “Algumas questões sobre o novo regime jurídico do divórcio”... *ob. cit.*, p. 109.

²⁹⁸ António José Fialho, “Algumas questões sobre o novo regime jurídico do divórcio”... *ob. cit.*, p. 109.

quando estamos a falar de um princípio que mesmo não instituído expressamente na nossa CRP, é “... seguramente, um princípio essencial na Constituição material do Estado de Direito...”²⁹⁹ pela sua imprescindibilidade, de modo a que os particulares possam, com estabilidade, autonomia e segurança organizar as suas vidas.

Somos, neste campo, levados a concordar com Jorge Duarte Pinheiro, quando este afirma que ao que parece, aos olhos do legislador “por vezes, vale mais um casamento inválido do que um casamento válido dissolvido por divórcio.”³⁰⁰, isto porque, como faz notar o autor, aquele cônjuge que haja contraído um casamento inválido de boa fé, pode acabar, por força do casamento putativo, numa posição mais favorável do que um cônjuge divorciado. Vejamos: se o regime de bens convencionado pelas partes for o da comunhão geral de bens e o casamento for considerado inválido, estando o cônjuge de boa fé, a partilha será feita de acordo com aquele regime escolhido pelas partes e subsistem todas as liberalidades feitas em vista do casamento, ou tendo em consideração o estado de casado que beneficiem o cônjuge que tiver contraído o casamento inválido de boa fé³⁰¹. Todavia, se o regime de bens for o da comunhão geral, mas o casamento se tiver dissolvido por divórcio, na partilha aplicar-se-á a norma do art. 1790º, que tem por referência o regime da comunhão de adquiridos, preterindo a vontade das partes, assim como também será de aplicar a norma do art. 1791º que não permite que qualquer dos cônjuges mantenha aquelas liberalidades, fazendo com que elas caduquem.

Postas em evidência algumas das contrariedades que este novo regime jurídico do divórcio comporta e não conseguindo o direito matrimonial dar uma resposta cabal na correção dessas situações, Rute Pedro, num estudo sobre o art. 1790º, faz notar que, em último caso, resta tão-somente ponderar a eventual desconformidade do artigo com a CRP quando, em causa, esteja a sua aplicação a casamentos celebrados antes da entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro. A análise feita pela autora, pela sua elevada pertinência, será aqui por nós duplicada, desta feita não só por referência ao art. 1790º mas também ao art. 1791º do CC³⁰².

²⁹⁹ Jorge Reis Novais, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição...* *ob. cit.*, p. 816.

³⁰⁰ Jorge Duarte Pinheiro, “Ideologias e Ilusões no Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais”... *ob. cit.*, p. 482.

³⁰¹ Cfr. arts. 1716º, 1760º n.º 1 al. a) e 1766º n.º1 al. b).

³⁰² Rute Teixeira Pedro, “A Partilha do Património Comum do Casal em Caso de Divórcio. Reflexões Sobre a Nova Redação do art. 1790.º do Código Civil”... *ob. cit.*, pp. 466 e segs..

Em verdade, na nossa Lei Fundamental não se encontra qualquer formulação expressa de um princípio geral que em si proíba a existência de Leis retroativas³⁰³, até porque uma proibição desse género consubstanciaria um entrave às “...instâncias legiferantes de realizar novas exigências de justiça e de concretizar as ideias de ordenação social positivamente plasmadas na Constituição.”³⁰⁴. A proibição constitucional de retroatividade versa apenas sobre leis penais (art. 29º da CRP), leis fiscais (art. 103 n.º 3 da CRP) e leis restritivas de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos (art. 18º n.º 3 da CRP)³⁰⁵, pelo que a única opção seria equacionar se não poderíamos enquadrar as situações analisadas nesta última espécie. Somos porém, conforme evidencia Rute Pedro, obrigados a recuar no percurso deste caminho pela dificuldade de identificar aqui um direito fundamental a ser violado³⁰⁶.

Resta, em última análise, conduzir a questão à hipótese da aplicação dos arts. 1790º e 1791º a relações matrimoniais constituídas antes da entrada em vigor daquela Lei importar (ou não) uma violação do princípio da proteção da confiança e da segurança jurídica, que tanto a jurisprudência como a doutrina não têm duvidado em considerar subprincípios do princípio consagrado no art. 2º da CRP: o princípio do Estado de Direito Democrático. Tem-se entendido, sem discrepância, que uma Lei retroativa sobre qualquer outra matéria que não uma daquelas três supra enunciadas, é ainda inadmissível se entrar em confronto com quaisquer outros preceitos e princípios constitucionais, onde se inclui o princípio do Estado de Direito Democrático (v. preâmbulo e arts. 2º e 9º al. b) da CRP)³⁰⁷.

Ainda assim, há que ter presente que também este princípio de proteção da confiança não é, nem poderia ser, absoluto, não havendo qualquer direito “... à não frustração das expectativas jurídicas ou à manutenção do regime legal em relações

³⁰³ Cfr. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...* ob. cit., pp. 259 e segs.; Jorge Miranda, *Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais*, Príncipe Editora Lda., 2006, pp. 347 e segs.; Jorge Reis Novais, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição...* ob. cit., p. 816 e Jorge Reis Novais, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, reimpressão da 1.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 265.

³⁰⁴ J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...* ob. cit., p. 260.

³⁰⁵ J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...* ob. cit., p. 260; Jorge Reis Novais, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição...* ob. cit., p. 817 e Jorge Miranda, *Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais...* ob. cit., p. 347.

³⁰⁶ Rute Teixeira Pedro, “A Partilha do Património Comum do Casal em Caso de Divórcio. Reflexões Sobre a Nova Redação do art. 1790.º do Código Civil”... ob. cit., p. 468, equaciona neste contexto se a restrição à autonomia privada dos cônjuges consubstancia uma restrição ao direito da liberdade (art. 27º CRP); ao direito do livre desenvolvimento da personalidade na vertente da autodeterminação pessoal (art. 26º CRP) ou ainda uma restrição ao direito fundamental da propriedade (art. 62º da CRP), acabando por concluir pela sua difícil afirmação.

³⁰⁷ Jorge Miranda, *Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais...* ob. cit., pp. 347 e segs..

jurídicas duradouras ou relativamente a factos complexos já parcialmente realizados.”³⁰⁸. Parafrazeando Rute Pedro, para que essa confiança seja coberta pela tutela constitucional “impõe-se que se trate de uma confiança qualificada”³⁰⁹, até porque, caso contrário, sobre as expectativas do cidadãos prevalecerá a preocupação de justiça social³¹⁰.

Sobre esta questão, debruçou-se já o TC num acórdão amplamente referenciado pela doutrina³¹¹: o acórdão n.º 287/90, onde se formulam os dois critérios para se concluir pela inadmissibilidade de Lei retroativa. O primeiro critério indica que afetação de expectativas, em sentido desfavorável, será inadmissível, sempre que constituir uma mutação da ordem jurídica com que, razoavelmente, os destinatários das normas não pudessem contar. O segundo critério, cumulativo, refere que aquela alteração não pode ter sido ditada pela necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que se devam considerar prevalecentes (aferição feita à luz do princípio da proporcionalidade consagrado no n.º 2 do artigo 18.º da CRP)³¹².

Começando pela aplicação do primeiro critério às situações que nos encontramos a analisar (a aplicação dos arts. 1790º e 1791º do CC a matrimónios celebrados antes da sua entrada em vigor), por tudo o que até então enunciamos, não se levantam, no nosso entender, quaisquer dúvidas de que estamos na presença de uma mutação jurídica com que os cônjuges jamais poderiam contar, bem pelo contrário: aos cônjuges sobravam, inclusive, motivos para crer convictamente na manutenção da sua situação jurídica. É um critério que se encontra, a nosso ver, claramente preenchido. E o mesmo se diz em relação ao segundo critério formulado pelo TC: não se vislumbram, no nosso ponto de vista, quaisquer interesses que devam ser considerados prevalecentes ao valor da segurança jurídica.

³⁰⁸ Jorge Miranda, *Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais... ob. cit.*, p. 349.

³⁰⁹ Rute Teixeira Pedro, “A Partilha do Património Comum do Casal em Caso de Divórcio. Reflexões Sobre a Nova Redação do art. 1790.º do Código Civil”... *ob. cit.*, p. 470.

³¹⁰ Jorge Miranda, *Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais... ob. cit.*, pp. 349 e 350.

³¹¹ Cfr. Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 103 e segs.; Jorge Reis Novais, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa... ob. cit.*, pp. 271 e segs.; Jorge Miranda, *Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais... ob. cit.*, pp. 348 e segs. e ainda Rute Teixeira Pedro, “A Partilha do Património Comum do Casal em Caso de Divórcio. Reflexões Sobre a Nova Redação do art. 1790.º do Código Civil”... *ob. cit.*, p. 471.

³¹² Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 287/90 (Processo n.º 309/88), relatado pelo Conselheiro Sousa e Brito, disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt/http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19900287.html?impressao=1) (<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19900287.html?impressao=1>).

Assim, por tudo isto, a nossa singela análise aponta para que firmemos a segura convicção de que estamos na presença de duas normas que, quando aplicadas a casamentos celebrados antes da sua entrada em vigor, violam claramente a CRP, por atentarem contra os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, enquanto corolários do princípio do Estado de Direito Democrático vertido no art. 2º da nossa Lei Fundamental.

Esta é, aliás, a mesma conclusão a que chega Rute Pedro no seu estudo sobre o art. 1790º do CC, depois de analisado tanto este acórdão do TC n.º 287/90, como o acórdão n.º 128/2009 desse mesmo tribunal, onde se desdobram aqueles dois critérios em quatro, respetivamente: 1) o legislador deve ter adotado comportamentos que permitiram aos particulares criar “expectativas de continuidade”; 2) as expectativas criadas devem ser legítimas, justificadas e fundadas em boas razões; 3) os privados devem ter planeado a sua vida, tendo presente aquela perspetiva de continuidade; e, por último 4) não devem existir motivos de interesse público que devam prevalecer. A autora considera preenchidos os quatro critérios, pendendo também a afirmação de desconformidade daquela norma com a CRP, se aplicada a casamentos anteriormente celebrados à sua entrada em vigor³¹³.

Em suma, podemos dizer que se as normas, pelo seu teor, nos colocam bastantes reservas quando aplicadas a matrimónios que ainda se venham a celebrar por serem um atentado claro e injustificado à autonomia privada, a verdade é que as nossas preocupações e inquietações se adensam, quando perspetivamos a sua aplicação no tempo a casamentos a si anteriores, pela elevada arbitrariedade, excessiva onerosidade e frustração indevida que vem trazer às legítimas expectativas dos particulares, levando-nos a concluir, sem reservas, pela sua desconformidade com o texto constitucional. Reiteramos ainda que fazemos esta afirmação não obstante e com a plena consciência de que a constitucionalidade de qualquer preceito não deve ser alegada nem em vão, nem sem as devidas prudências.

³¹³ Rute Teixeira Pedro, “A Partilha do Património Comum do Casal em Caso de Divórcio. Reflexões Sobre a Nova Redação do art. 1790.º do Código Civil”... *ob. cit.*, pp. 471 e segs..

V. A POSIÇÃO JURÍDICA DO CÔNJUGE MAIS FRAGILIZADO À LUZ DA LEI N.º 61/2008, DE 31 DE OUTUBRO: DA INTENÇÃO LEGISLATIVA AOS RESULTADOS ALCANÇADOS. AS DEBILIDADES DO REGIME

Após cuidar, individualmente, cada uma das principais alterações legislativas que em matéria de efeitos patrimoniais do divórcio contendem ou podem eventualmente contender com a posição jurídica do cônjuge mais fragilizado que nesta investigação nos propusemos a analisar – nomeadamente no que concerne à atribuição do crédito compensatório; à partilha dos bens comuns e à perda de benefícios – versaremos agora nesta nossa reta final e numa perspetiva que se pretende dotada de completude – desde logo porque as normas enunciadas não terão uma aplicação individual, mas antes conjunta por todas integrarem aquele que é novo regime divorcista português – sobre a concreta posição em que os cônjuges são deixados no momento do divórcio, com especial incidência para aquele que se encontre numa posição mais fragilizada.

Tendo presente que ao direito da família, pela sua fragmentariedade, cabe especialmente a regulação dos aspetos mais importantes³¹⁴ e que a verdadeira questão do divórcio se prende, atualmente, com a gestão dos seus efeitos³¹⁵, de modo a tutelar na maior e melhor medida possível aqueles que se considerem merecedores dessa tutela, pretendemos aqui, numa primeira parte fazendo apelo a uma situação por nós imaginada, mas de todo longe de ser inimaginável, avaliar as principais repercussões, que enquanto fruto deste novo regime, influirão nas vidas dos ex-cônjuges. Atentaremos assim nesta visão prática, para na segunda parte indagar do mérito da reforma, contrapondo especialmente aqueles que foram os ensejos vertidos projeto de Lei n.º 509/X e aqueles que foram os resultados por si alcançados, descortinando onde residem, a nosso ver, as suas maiores vicissitudes.

³¹⁴ Guilherme de Oliveira, “Precisamos assim tanto do direito da família? (do “panjurisme” iluminista ao “fragmentarische charakter”)” ... *ob. cit.*, p. 5.

³¹⁵ Francisco Pereira Coelho/ Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família...* *ob. cit.*, pp. 682 e 683.

1. A Posição Jurídica do Cônjuge mais Fragilizado à Luz do Novo Regime: os Resultados Alcançados

1.1. A hipotética situação económica dos ex-cônjuges no momento de efetivar o divórcio. Hipótese prática.

Com vista a avaliar os resultados que, na prática, o novo regime jurídico comporta na sua globalidade, traçaremos agora um quadro fáctico hipotético que nos permita perscrutar o impacto daqueles três efeitos patrimoniais do divórcio na vida daqueles que sigam por esta via. Se até aqui analisamos individualmente cada uma das normas que integram o nosso objeto de estudo, o que aqui se pretende é sobretudo criar uma visão completa das consequências patrimoniais desenhadas por este novo regime, especialmente por entendermos que só, deste modo, nos colocaremos em posição capaz de aferir do mérito da reforma. Procuramos assim ilustrar uma situação onde os respetivos arts. 1676º, n.º 2, 1790º e 1791º do CC terão simultaneamente aplicabilidade, até porque, é precisamente isso que na prática acontecerá, e mais do que perscrutar os resultados da aplicação de uma das normas importa-nos, sobretudo, compreender os resultados da aplicação do regime na sua íntegra.

Neste contexto, tome-se então por referência a seguinte hipótese: os cônjuges **A** e **B** contraíram matrimónio em abril 1985 e em convenção antenupcial estipularam o regime da comunhão geral de bens, por entenderem ser aquele que melhor respondia aos seus concretos interesses.

A levou para o casamento alguns terrenos agrícolas, sítos no Alentejo, herdados em virtude da morte da sua mãe no valor de 30.000 € e algumas joias de família, de elevado valor simbólico, mas de parca expressão monetária (500 €).

B levou para o casamento um automóvel no valor de 18.000 € e um apartamento sito em Braga no valor de 50.000 € que passou a ser a casa de morada de família.

Em convenção antenupcial **C**, tia de **A**, doou-lhe uma moradia, por querer contribuir para a estabilidade da nova família que a sobrinha iria criar e, especialmente, por ser ela a sua familiar mais querida.

Logo nos primeiros tempos de casamento, a gravidez de **A** e a intenção de os cônjuges ampliarem, em breve, ainda mais a sua família, fez com que eles, conjuntamente, sopesando todos os encargos inerentes decidissem que, ao invés de

contratarem um(a) cuidador(a) para as crianças, algo excessivamente oneroso, seria mais benéfico, inclusive para a sua educação, que **A** se dedicasse integralmente ao seu completo cuidado, enquanto **B**, enfermeiro, manteria o seu emprego, enquanto fonte de rendimento. Decidiram no fundo, abdicar de uma eventual remuneração mensal de **A** por, nos seus cálculos, ser mais vantajoso não ter aquela fonte de rendimento, mas não ter também qualquer despesa com a contratação de um terceiro que provesse ao cuidado dos filhos e do lar.

Ao mesmo tempo que tomam esta decisão, acordam ainda arrendar a moradia doada pela tia de **A** de modo a que o valor das rendas ajudasse a garantir um maior conforto económico à família e pudesse de certo modo compensar a falta de rendimento de **A**. Assim, a sua decisão de se dedicar integralmente à família, não procurando emprego, acabaria no fundo economicamente ancorada não só pelo apoio financeiro do outro cônjuge que participou da decisão, mas ainda por aquela fonte de rendimento que lhe permitiria, a ela, bem como a toda a família, ajudar a garantir a necessária segurança económica na condução das suas vidas.

Conforme haviam estabelecido, **A** sempre se dedicara e com exímia entrega ao cuidado dos seus três filhos e do lar, e **B** nunca deixara em momento algum de colaborar monetariamente. De formas diferentes, ambos contribuía assídua e afincadamente para os encargos da vida familiar. Os cônjuges sempre se ajudaram e apoiaram mutuamente: o salário auferido por **B**, bem como as rendas da moradia que tinham dado de arrendamento permitiam-lhes uma vida económica tão estável quanto confortável. A dedicação integral de **A** à vida do lar e ao cuidado dos seus filhos era conhecida por todos aqueles que os rodeavam e acabava por permitir a **B** uma total entrega ao seu trabalho, que tantas vezes o fazia, inclusive, desencontrar-se dos filhos pelo seu horário por turnos e pelas tantas noites em que trabalhava e não convivia com a família.

No ano de 2000, tendo em vista complementar a sua formação, de modo a conseguir melhores oportunidades **B** decide, apoiado por **A** – que sempre lhe dera força e apoiara incondicionalmente a sua decisão sendo presença assídua na vida dos filhos, sempre que a **B** faltava tempo e disponibilidade para os acompanhar – fazer um mestrado que acabara, aliás, por lhe valer uma proposta para um cargo de chefia e um consequente aumento do seu ordenado.

Ponderando aquela nova oferta, os cônjuges, desde sempre residentes em Braga, acabam por decidir, por acordo, que não obstante a proposta de emprego ser em Lisboa e isso implicar profundas alterações nas suas vidas, seria bom para toda a família e

especialmente para os filhos, por ser um meio maior e com mais oportunidades, que **B** a aceitasse, o que acabara então por acontecer no ano de 2003.

Passando a viver em Lisboa, os cônjuges acabaram por sentir nos primeiros tempos algumas dificuldades de adaptação económica, especialmente pelo nível de vida ser consideravelmente superior na capital e implicar gastos mais significativos do que aqueles que até então iam tendo, e por ser também chegada a hora dos filhos mais velhos do casal ingressarem na universidade.

Foi então, nesse contexto, que ponderaram a venda daqueles terrenos agrícolas sítos no Alentejo que haviam sido herdados por **A**. Os terrenos, pela sua afastada localização não tinham para o casal qualquer serventia e o dinheiro, pelo contrário, ser-lhes-ia bastante útil. Assim, tendo ponderado bem aquela possibilidade, acabaram por fechar negócio logo no ano seguinte, em 2004.

No verão de 2006, o casal opta por fazer uma viagem de família à Austrália que, no entanto, não puderam aproveitar na sua íntegra, dado que uns dias antes do regresso receberam a notícia do falecimento de **C** que os trouxe de volta antes da data prevista.

Passado aquele primeiro período de adaptação, o casal após a venda dos terrenos viveu os anos que se seguiram livremente sem que questões económicas se levantassem.

Tudo tinha de facto corrido pelo melhor até ao ano de 2016, onde, passando por uma ampla crise conjugal o cônjuge **B** acaba por ir viver sozinho.

A, à data com 51 anos de idade, viu-se desempregada e somente com 350 € mensais provenientes das rendas daquela moradia que a tia lhe havia doado. As tentativas de conseguir um emprego foram tantas, quantas as respostas negativas que evidenciavam a sua excessiva idade, enquanto fator de exclusão.

Em 2017, **B** intenta ação de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, fundamentando o pedido na prática, por si, de adultério ao longo dos últimos anos que havia consequencialmente ditado a rutura do casamento nos termos da al. d) do art. 1781º do CC.

Equaciona-se, por fim, para efeitos de partilha, que no momento da dissolução do casamento existe o seguinte património: as joias de família que **A** havia herdado no valor de 500 €; o automóvel no valor de 18.000 €; o apartamento sito em Braga no valor de 50.000 € e uma conta bancária com o dinheiro que **B** foi auferindo na sua atividade profissional no valor de 6.000 €.

1.2. A solução legal avançada pela reforma divorcista em 2008 à hipótese formulada com vista a fomentar o equilíbrio e uma justa repartição patrimonial

Com base na hipótese por nós formulada, cuidaremos agora da resposta dada pelo ordenamento jurídico, saída da reforma de 2008, à presente situação, tecendo algumas considerações que a respeito entendemos oportunas.

Começando pela partilha do património, sabemos que os cônjuges, apesar de terem optado pelo regime da comunhão geral de bens, verão agora a sua escolha limitada pelo teor do art. 1790º, que toma o regime da comunhão de adquiridos como referência no momento de partilhar os bens, ainda que não opere uma verdadeira substituição de regime.

À luz da comunhão geral, todos os bens eram considerados comuns nos termos do art. 1732º do CC, perfazendo uma totalidade de 74.500 €, o que cumprindo a regra da metade prescrita no art. 1730º daria 37.250 € para cada um dos cônjuges.

No entanto, como tivemos já oportunidade de em momento anterior frisar, desde a entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, à luz do preceituado no atual art. 1790º, passa a estabelecer-se a proibição da partilha se poder efetuar naqueles termos. Decidiu o legislador que dela não pode resultar que qualquer deles receba um valor maior daquele que resultaria se o casamento se tivesse celebrado segundo a comunhão de adquiridos.

Desta feita, à luz deste regime, são considerados bens próprios de **A** as joias no valor de 500 € que havia levado para o casamento; bens próprios de **B** o automóvel (18.000 €) e o apartamento (50.000 €) nos termos do art. 1722º n.º 1 al. a); e considerados bens comuns os 6.000 € que compunham a conta bancária, nos termos do art. 1724º al. a).

Falando em termos de valor e não dos concretos bens a compor as respetivas massas patrimoniais, até porque é desse modo que funciona o limite do art. 1790º, daqui resulta que, ao invés de ambos os cônjuges receberem 37.250 €, fruto da aplicação do regime de bens que ambos escolherem livre e espontaneamente no momento em que decidiram casar-se, por opção legislativa, **A** acaba por não poder receber na partilha mais do que 3.500 € (resultado da soma dos seus bens próprios e a sua metade nos bens comuns: 3.000 € + 500 €) e **B** mais do que 71.000 € (18.000 € + 50.000 € + 3.000 €).

Note-se ainda que, no cômputo dos bens a partilhar, não colocamos a moradia que **C**, tia de **A**, lhe havia doado por altura do casamento. Não colocamos, nem poderíamos

na verdade, ter colocado, porque à previsão do 1790º que acabamos de explicar, segue-se, na mesma linha de raciocínio, no artigo seguinte (1791º) a prescrição de que o divórcio, a partir de 2008, implica ainda, para qualquer dos cônjuges, a caducidade de todos os benefícios recebidos ou a receber em virtude do casamento. De uma forma um tanto lacónica o legislador, ao contrário do que até então vinha acontecendo no regime anterior, a menos que estivéssemos na presença do cônjuge único ou principal culpado, e sem ter qualquer atenção à vontade do doador, veio decretar a reversão automática para a esfera deste último daquelas liberalidades, onde se inclui, respetivamente, a moradia doada por **C** a **A**.

Em abono da autonomia da vontade do doador, que tanto somos apologistas, não se pode, todavia, cair no erro de dizer que se a sua intenção for no sentido de manter aquela doação, basta para tal que o doador volte a fazer uma nova doação. Em casos vários, como naquele que aqui se equaciona, essa solução não se afigura sequer possível, desde logo pelo falecimento do doador, que impede a reiteração uma vez mais da sua vontade.

Sem que nada possa fazer, **A**/que à luz do regime jurídico vigente à data da aceitação daquele benefício não tinha sequer como antever este resultado, ver-se-á agora, sem que nada possa fazer em sentido oposto, além de numa inesperada e precária situação económica pelos novos termos em que o legislador redesenhou a partilha, desprovida ainda da única fonte de rendimento que lhe poderia agora valer: as rendas que obtinha pelo arrendamento da moradia doada pela tia, e que não era de todo possível de antever que viria posteriormente a perder.

A firme certeza da intenção de **C** manter a doação que fizera à sobrinha em virtude do seu casamento, mesmo em caso de divórcio (especialmente quando ela em nada contribuiu para aquele desfecho), ainda que do conhecimento de todos aqueles que as rodeavam, acaba então por ser inultrapassável pela morte da mesma, que nem no momento do seu último suspiro tinha como prever que, um dia mais tarde, o legislador se viria incompreensivelmente substituir à sua vontade. Isto, a menos que se considerasse não estarmos na presença de uma doação para casamento, mas não parece que houvesse margem para tal, perante o quadro descrito.

Estes resultados, fruto da aplicação dos arts. 1790º e 1791º, por si só assoladores, que tão fortemente tivemos já oportunidade de refutar e que incompreensivelmente vêm colocar **A**, que tanto e durante tanto tempo se dedicara integralmente ao seu casamento e à sua família, numa tão acentuada posição de vulnerabilidade, sem que durante as

várias décadas de duração do seu casamento fosse minimamente expectável que tal viesse a acontecer, agudiza-se então e cada vez mais, quando as normas se aplicam momentaneamente. Sem que nos percamos aqui, em tom de repetição, a explicar novamente todas as perturbações fruto destes preceitos, indagamos, por fim, se a resposta para a fragilidade de **A** se encontrará na figura do crédito compensatório, não houvesse sido ela exclusivamente pensada para servir tal propósito. Questiona-se, desta forma, se configurará este mecanismo uma eficaz forma de temperar as injustiças que eventualmente surjam da aplicação do novo regime.

A situação de grande vulnerabilidade com que **A** ironicamente sai do casamento é fruto de toda a sua dedicação e todos os sacrifícios em prol da família. De facto, dúvidas não nos restam de que se não tivesse desinvestido de si mesma e dedicado cada dia daqueles que foram os seus melhores anos de vida e os mais cruciais no desenhar de um percurso profissional à vida do lar e ao cuidado dos filhos não estaria agora, à míngua, sem quaisquer recursos ou perspectivas, da mesma forma que também não estaria se não tivesse o legislador atentado tão gravemente contra a sua autonomia privada, mas sobre isto já nos debruçamos e não pretendemos repetir-nos.

Sensível a esta problemática, que assola inúmeras famílias e pende essencialmente sobre as mulheres, o legislador repensou então a figura do crédito já anteriormente prevista na nossa ordem jurídica, ainda que em moldes diferentes, de modo a que a mesma possa agora servir para compensar o trabalho doméstico.

De modo a compensar todas as carências e debilidades que a eliminação da culpa e as novas consequências patrimoniais comportam, o legislador, entre outras medidas que não nos cabem aqui analisar como é o caso da reparação de danos, consagrou a figura do crédito compensatório, com o intuito de prevenir injustiças e compensar todo o trabalho que ao longo de várias décadas, cônjuges como **A** hajam realizado no seio familiar. Para tal, é necessário que o cônjuge cumpra os requisitos que no n.º 2 do art. 1676º; e é precisamente aqui que a grande questão se levanta. A problemática, por nós já abordada, reside no facto da bondade e elevada serventia da norma terem ficado perdidas algures nas entrelinhas do projeto de Lei. Mas porque não pretendemos uma análise abstrata, por entendermos que, muitas vezes, acaba por ser ela a ditar o fracasso de várias soluções, veremos concretamente o que da aplicação da norma acaba por resultar.

Numa cascata de conceitos indeterminados, o legislador começa por exigir que a contribuição do cônjuge tenha sido “consideravelmente superior” àquilo que lhe exigia

o dever de contribuir para os encargos da vida familiar. Ora, não residindo aqui as maiores dificuldades, a verdade é que começam desde já por surgir algumas imprecisões na densificação daquele conceito. Se é verdade que resulta para nós líquido, que A tendo dedicado integralmente cada dia daqueles anos e concentrado todos os seus esforços no bem-estar e no cuidado da sua família, contribuíra de forma inequivocamente superior ao que lhe era exigível, não deixa de ser menos verdade que essa correspondência não resulta automática e poderá nem sempre ser conseguida.

Admitindo, no entanto, que não se levantam, quanto a este aspeto, grandes sobressaltos e se considera a sua contribuição consideravelmente superior, um longo caminho há ainda a percorrer até que A possa beneficiar daquele crédito. Além daquele excesso de contribuição para os encargos da vida familiar, exige ainda o legislador que se tenha verificado causalmente uma “renúncia excessiva” à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum, “designadamente à sua vida profissional” e é precisamente aqui que despontam as maiores dificuldades de interpretação.

O que quis afinal o legislador significar com a expressão renunciar excessivamente aos seus interesses? Pretendeu limitar a aplicação do preceito somente àqueles cônjuges que tenham desistido de algo que já tinham ou com grande probabilidade poderiam ter, como um emprego?

Do projeto de Lei não parece ser de retirar tal intenção, mas a verdade é que partindo do pressuposto que o legislador se soube exprimir corretamente é isso que parece acabar por resultar... Ainda que se possa equacionar defender, como aliás já previamente referimos, que mesmo não tendo desistido de um emprego já existente aquele cônjuge acabou indiretamente por abdicar de encontrar um, a verdade é que somos, infelizmente, obrigados a admitir que também este é um caminho bastante árduo e espinhoso de se percorrer e muito dificilmente nos fará alcançar um bom porto.

Assim, sendo os três requisitos do 1676º n.º 2 cumulativos e não conseguindo A – que sempre se dedicou ao trabalho doméstico mas nunca renunciou a um emprego, precisamente por nunca o ter tido – desenvencilhar-se do ónus de preencher o requisito em análise, podemos sem quaisquer reservas e antes mesmo de analisar o último dos requisitos que se prende com a existência de prejuízos patrimoniais importantes, afirmar que A acabará no fundo por não conseguir sequer em sede de crédito compensatório ver ser feita justiça.

É tão verdadeiro, quanto inacreditável que nem uma norma pensada justamente para situações como esta – onde cônjuges na posição em que A se encontra, figuravam

na exposição de motivos do projeto de Lei como verdadeiros protagonistas da norma – acabe por lhe valer e por acautelar a sua posição jurídica.

1.3. *A proteção do cônjuge mais fragilizado*

Citando a exposição de motivos do projeto de Lei n.º 509/X, o legislador enuncia expressamente que a gestão das consequências do divórcio figura como um dos pontos nevrálgicos da reforma e não deixa esquecer que afastar a culpa não pode, nem há de ser sinónimo de desproteção de situações de injustiça ou desigualdade, daí a previsão do próprio crédito compensatório com vista a olvidar tais situações. Avaliando pela letra da exposição de motivos não caiu, de facto, no esquecimento legislativo, o quão imperioso era imprimir rigor no domínio das consequências do divórcio, em concreto nas situações de maior fragilidade e desigualdade entre cônjuges.

O legislador não escondeu em momento algum que, com este novo regime, almejava garantir a proteção dos mais fragilizados e sobretudo precaver que não se agravassem quaisquer situações de desequilíbrio e assimetria entre as partes.

Também Guilherme de Oliveira se pronunciou, associando a proteção “do cônjuge mais fraco”³¹⁶ ao novo regime jurídico, enquanto um dos princípios basilares da reforma, reiterando o ensejo de se atingir esse resultado seja através da consagração, com mais clareza, do sistema de divórcio rutura, seja através da alteração do regime legal do crédito compensatório por compensações excessivas para os encargos da vida familiar. O autor fala de um direito da família fragmentário, mas particularmente dedicado ao propósito de socorrer os mais frágeis e dependentes³¹⁷.

Na verdade, este ideário de justiça, sobretudo no que tange à posição de debilidade em que fica o cônjuge que investiu em demasia num matrimónio que, no final, se viera a dissolver, era já há muito reclamada e vinha-se fazendo sentir. A questão que aqui se coloca é unicamente, o que não é pouco, a de descortinar até que ponto as boas intenções legislativas se vieram a repercutir no dia a dia das nossas famílias no momento da dissolução conjugal e quanto a isso somos, infelizmente, obrigados a antever uma resposta negativa.

³¹⁶ Guilherme de Oliveira, “Linhas gerais da reforma do divórcio”, *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 6... *ob. cit.*, p. 66 define essa fragilidade e refere-se a “...mais fraco quanto às possibilidades de requerer o divórcio, ou que fica numa situação débil por causa do investimento pessoal que fez num matrimónio que, afinal, veio a dissolver-se.”

³¹⁷ Guilherme de Oliveira, “Precisamos assim tanto do direito da família? (do “panjurisme” iluminista ao “fragmentarische charakter”)” ... *ob. cit.*, p. 21.

Tendo por base a situação por nós supra ilustrada e a concreta posição em que fica o cônjuge A, só podemos concluir uma de duas coisas: ou o legislador acredita que desta forma amplamente ambígua e lacónica conseguirá uma maior justiça e proteção para os mais fragilizados – o que não é de todo viável – ou, então, existe um grande hiato entre o que na teoria se pretendia conseguir e o que na prática se conseguiu. Ora, acreditamos seguramente que proteger os mais fragilizados não é deixar alguém, que como A, que se dedicou inteira e diariamente ao longo de décadas de matrimónio à sua família, em situação de tão grande delicadeza como acaba por resultar da aplicação da lei.

Não se caia no erro de argumentar que essa proteção advirá por via de uma possível prestação de alimentos, pois é precisamente esse raciocínio que pretendemos evitar e nos fez optar por não analisar, nesta investigação, esse instituto. Seguir por esse caminho, na prática, nada menos seria que associar todas as situações de fragilidade às de necessidade, algo que, a nosso ver, é amplamente distinguível. Se é verdade que todas as situações de necessidade económica conduzem àquela posição de fragilidade, não é, no nosso modesto entendimento, menos verdade que nem sempre aquela posição de fragilidade implica ou terá necessariamente que implicar que o cônjuge em questão viva numa concreta situação de carência. É para nos perfeitamente compatível que um cônjuge consiga prover à sua subsistência, não necessitando por isso de alimentos mas, ainda assim, e comparativamente ao outro, saia do divórcio numa situação de maior fragilidade, que nem por isso deve deixar de merecer a nossa atenção.

Assim, por muito que a prestação de alimentos figure vezes várias uma resposta a parte daquela fragilidade, crê-se firmemente que nem sempre tal acontecerá e que, mesmo nessas situações, essa resposta não se mostrará sequer dotada de completude. Além disso, uma vez mais reiteramos os diferentes papéis ocupados pelos dois institutos e a possibilidade da sua cumulação, sublinhado, explicitamente, que nenhum deles se substitui ao outro, evitando assim, que se caia no erro de desvalorizar a importância da problemática da desproteção do cônjuge mais fragilizado através da simples ilação de que ela se há-de dar por via da prestação de alimentos, pensamento este, ora erróneo, ora incompleto dado o carácter excecional e natureza subsidiária da obrigação alimentar entre ex-cônjuges³¹⁸.

³¹⁸ Acerca do seu carácter excecional e da sua subsidiariedade, pronunciaram-se claramente os seguintes acórdãos: Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18 de junho de 2013 (Processo n.º 1933/09.4TCLRS-B.L1-1), relatado por Teresa de Sousa Henriques, disponível em

Continuando, lembre-se que estamos na presença de um cônjuge que por ter confiado no exercício da sua liberdade, concedida inclusive pelo próprio legislador, foi tomando várias decisões ao longo da sua vida que agora se repercutem negativamente no momento do divórcio sem que com isso tivesse podido contar. Um cônjuge que inesperadamente verá a partilha ser feita por referência a um regime de bens que não escolheu e o prejudica fortemente; que perderá uma doação que não tinha como contar perder desde logo porque essa não era sequer a vontade do doador, e somando a tudo isso: um cônjuge que não conseguirá sequer ver ser feita justiça através da aplicação do instituto do crédito compensatório, que ironicamente havia sido defendido, aquando do seu surgimento nestes novos moldes em 2008, para situações precisamente como esta com a finalidade primordial de compensar o trabalho doméstico.

Seria, de facto, bom que o legislador se tivesse lembrado que é tão verdade que o casamento não deve servir para adquirir bens como também não deve servir para perder direitos ou expectativas legitimamente adquiridas³¹⁹ e não se tivesse centrado unicamente naquela primeira premissa.

Era deste modo que se ansiava proteger os mais fragilizados? Parece-nos que este não era de todo o caminho a percorrer. A nosso ver o legislador acabara por se preocupar tão excessivamente com questões que cabiam mais à autonomia privada do que à sua atuação – como a questão de evitar que o casamento consubstancie um modo de adquirir bens – que acabou por desvirtuar aquela proteção³²⁰.

<https://blook.pt/caselaw/PT/TRL/283673/?q=relator:%20Teresa%20De%20Sousa> e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 7.^a Secção, de 20 de fevereiro de 2014 (Processo n.º 141/10.6TMSTB.E1.S1), relatado pelo Conselheiro Granja da Fonseca, disponível em www.dgsi.pt (<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c112fe9f3f747f5180257c8500576f04?OpenDocument>), no sentido de reiterar que a reforma levada a cabo em 2008 trouxe expressamente consigo o princípio de que depois do divórcio cada cônjuge há-de prover à sua subsistência. A obrigação alimentar entre ex-cônjuges radica agora “no que é indispensável ao sustento, habitação e vestuário”, devendo para tal ser consideradas todas as circunstâncias que influam sobre as necessidades do cônjuge que recebe alimentos e as possibilidades daquele que os presta, só se constituindo quando verificado o preenchimento destes dois quesitos. Nestes termos, reproduzem-se as doutas palavras proferidas no acórdão do STJ: o direito de alimentos assentando “...num dever assistencial que perdura além do casamento, passou a ter carácter subsidiário e, seguramente limitado pela obrigação de socorro numa situação de grande exigência resultante de manifesta carência de meios de subsistência num quadro de impossibilidade ou séria dificuldade de obtenção de rendimento suficiente à realização de uma vida minimamente condigna.”

³¹⁹ António José Fialho, “Algumas questões sobre o novo regime jurídico do divórcio”... *ob. cit.*, p. 117.

³²⁰ Neste sentido citamos Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio. Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro...* *ob. cit.*, p. 24, onde ao debruçar-se sobre a questão da partilha a autora coloca em evidência a “...limitação sem justificação à autonomia privada...” do art. 1790º e acrescenta que não se pode sequer defender que o intuito era proteger o cônjuge mais desfavorecido, desde logo porque “... a lei não especifica isso e a solução aplica-se sempre, mesmo em benefício do cônjuge mais favorecido e que até pode ter dado causa à ruptura do casamento.” que é aliás o que acontece no caso por nós desenhado.

Veja-se que foi em nome de uma realidade puramente abstrata em que o legislador presumiu que os cônjuges usam/podem usar o casamento para enriquecer, que o legislador impôs aquele limite em termos de valor na partilha. Limite esse que, em concreto, vezes sem conta será de aplicar a situações em que isso nem sequer se verifica... e ao invés de trazer a tão aclamada e procurada justiça, traz, tão-somente, uma injustiça ainda maior.

Não se afirme, neste contexto, que **A** viu no casamento um meio de adquirir bens e pretendia com ele enriquecer, até porque ninguém que casa pelo dinheiro dedica cada hora dos seus dias à sua família durante anos a fio, abdicando, tantas vezes, dos seus interesses pessoais em prol daquela. Note-se que **A**, mesmo no momento em que casou, não dependia economicamente dos bens de **B**: **A** tinha levado para o casamento bens que ascendiam a 30.000 € com que só já não pode contar no momento da sua dissolução por se ter desfeito deles na constância do matrimónio, em consequência de uma decisão conjunta que visou o bem de toda a família. E nem aqui se afirme que funcionarão os mecanismos da sub-rogação real e das compensações, até porque, como tivemos já oportunidade de aferir, a sua aplicação é agora – tantos anos decorridos e sedimentados pela confiança de que aquela prova jamais seria necessária – de extrema dificuldade.

Aquele cônjuge acaba assim, em concreto, leviana e imprudentemente desprotegido por duas normas (o 1790º e o 1791º), que pretenderam servir uma abstrata situação em que algum dos cônjuges use o casamento como meio de adquirir bens além daqueles que conseguiria com a justa partilha daquilo que foi adquirido com o esforço comum do casal. Teria sido, no nosso modesto entendimento, profundamente mais útil que o legislador tivesse concentrado as suas atenções na proteção da concreta debilidade dos cônjuges e se tivesse assegurado de que, na partilha, acaba partilhado tudo aquilo para que haja concorrido o esforço comum do casal, ao invés de se preocupar com conjeturas hipotéticas dos vulgarmente designados “golpes do baú”, para as quais os mecanismos gerais do direito civil figuravam já uma adequada resposta.

Se a intenção passava por proteger os mais fragilizados – e note-se que falamos em fragilizados no mesmo sentido em que Guilherme de Oliveira se referiu àqueles que ficam numa situação de debilidade, em virtude do investimento pessoal que fizeram num matrimónio que acabara, tempos depois, dissolvido – bem como atingir um maior grau de justiça na repartição do que foi adquirido com esforço conjunto, durante o matrimónio, então cremos que mais importante e crucial do que esta determinação teria

sido, como salientou Rute Pedro³²¹, garantir que se partilha não só aquilo que resultou do esforço comum mas tudo o que dele haja sido fruto.

Do que aqui se fala, na esteira da luta de Maria João Romão³²², é da redefinição dos bens comuns, cuja oportunidade uma vez mais o nosso legislador deixou escapar. Neste contexto, recorrendo ainda à mesma hipótese, chamamos aqui à atenção para o mestrado feito por **B** no decurso do casamento que, além de ter acrescido às suas qualificações, fez surgir novas e melhores oportunidades que lhe permitiram até mesmo auferir um salário mais avultado e ampliar a sua qualidade de vida. Mestrado esse que lhe trará amplos benefícios, que se prolongarão muito além da data do término do casamento, e que só lhe foi possível conseguir realizar pelo apoio e auxílio mútuo que o seu cônjuge, no caso **A**, lhe proporcionou. Obviamente que não negamos que foi **B** quem, com o seu mérito, obteve aquele grau, mas a verdade é que não nos podemos deixar iludir por esta abordagem simplória: custa-nos muito a crer que **B** tivesse conseguido realizá-lo com sucesso se não tivesse tido quem, em seu lugar, tivesse, ao longo daqueles anos, cuidado com todo o rigor e apreço dos seus três filhos e realizado todos os afazeres domésticos que o dia a dia ocasiona. Na realidade, se não era impossível tê-lo feito sem aquele auxílio, era, no mínimo, bastante difícil, desde logo por estarmos na presença de alguém que, diária e simultaneamente ao mestrado, trabalhava por turnos e teria ainda 3 filhos e uma casa a cuidar.

É, realmente, incrivelmente irónico que um regime divorcista, amplamente marcado, na exposição de motivos do projeto de lei que o precedeu, pela ideia de proteção do cônjuge mais fragilizado, acabe por redundar na sua maior fragilização. Com isto, não queremos significar que o propósito legislativo não tivesse sido esse e que as suas intenções não fossem boas, mas a verdade é, que infelizmente, por muito boas que elas fossem não seriam, nunca, suficientes. Não bastam boas intenções, são precisas boas soluções, e estas últimas ficam, infelizmente, bastante aquém do expectado, sobretudo, quando aos incompreensíveis resultados advindos da partilha e da perda de benefícios acaba por se somar toda a mescla que no n.º 2 do art. 1676º, referente ao crédito compensatório, o legislador acabou por criar. Isto quando, a nosso ver, a solução para evitar toda esta fragilidade se afigurava tão mais simples que todo o espinhoso percurso encetado pelo legislador.

³²¹ Neste sentido cfr. pp. 100 e segs. e nota de rodapé n.º 275.

³²² Neste sentido cfr. nota de rodapé n.º 278.

Quanto à redação dos arts. 1790º e 1791º do CC, parece-nos que, de todas, a melhor solução teria passado pela opção de o legislador ter feito com aqueles dois preceitos o mesmo que fez com a culpa que nas suas redações anteriores lhes servia de base: proceder à sua expurgação. No limite, optando pela sua manutenção, crê-se que ela jamais deveria abarcar no seu âmbito de aplicação as relações matrimoniais à data já constituídas, mas esta nem é de resto a conceção por nós defendida (que passa pela primeira opção indicada: a da sua expurgação – a única capaz de respeitar o princípio constitucional da autonomia privada) seria somente uma espécie de “mal menor”, passível de se tolerar em melhor medida que a atual solução.

Também quanto ao art. 1676º, n.º 2, acreditamos, afincadamente, que o mais estaria no menos. Neste caso, não falamos da supressão da norma, mas antes de todos os conceitos que indeterminadamente a compõe, ora dificultando, ora impossibilitando mesmo a sua eficaz aplicação. Exige-se que se vá direto ao assunto e se fale explicitamente de compensar o trabalho doméstico prestado em demasia. Exige-se mais rigor e mais clareza. Exige-se, no fundo, que faça aquilo a que na exposição de motivos do projeto de Lei se propôs: nem menos, e nem mais.

Por fim, não podemos deixar de muito sumariamente acrescentar o nosso desacordo para com as palavras de Guilherme de Oliveira, quando o autor expressa, muito abertamente, que não tem dúvidas de que esta é uma reforma “...*que promove a dignidade das pessoas num momento de crise, que evita litígios e procura reduzir os danos, que rejeita uma visão “negocial” do casamento, que protege os cônjuges que merecem protecção com os meios justos...*”³²³. Salvo o devido respeito, não podíamos efetivamente dissentir mais da opinião do autor do que aquilo que na verdade dissentimos, até porque concordar consigo equivaleria a colocar em causa todo o trabalho por nós desenvolvido e até então aqui explanado.

Passando o pleonasma e começando pelo começo, este não é, no nosso humilde e sincero entendimento, um regime que zela pela dignidade da pessoa humana, pelo menos não a todos os níveis, desde logo porque é um regime que ao patentear normas como as dos arts. 1790º e 1791º e ao projetá-las a relações jurídicas constituídas antes da sua entrada em vigor, como tivemos já oportunidade de avançar anteriormente³²⁴ citando Jorge Reis Novais, coloca em causa a certeza e a segurança jurídicas necessárias

³²³ Guilherme de Oliveira, “Linhas gerais da reforma do divórcio”, *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 5... *ob. cit.*, p. 89.

³²⁴ Cfr. p. 112 e segs..

para que os particulares possam prever os desenvolvimentos da atuação dos poderes públicos, sem que se convertam em meros objetos do acontecer estatal, colidindo assim com aquele princípio que pressupunha o respeito por aquele desígnio que o legislador preteriu.

Nem tão pouco é um regime que reduz os danos e a chamada visão “negocial” do casamento, como diz o autor, ou que protege com os meios justos aqueles cônjuges que precisem de proteção. Quanto ao primeiro aspeto, não obstante o casamento ser inevitavelmente um negócio jurídico – algo que muitas vezes parece ser esquecido – essa tal visão “negocial” não é aqui atenuada mas antes perpetuada, não acabasse por ser essa uma das maiores implicações do funcionamento dos mecanismos de sub-rogação real e das compensações que neste regime assumem extrema importância, para efetivar a reconstrução póstuma de todos os fluxos patrimoniais passados. Quanto ao segundo, não vemos, realmente, de que forma o regime consiga aquela proteção... não, quando em causa estão resultados como aqueles que aqui analisamos.

Muito sucintamente, terminamos aqui com as palavras proferidas por Eva Dias Costa, que fazemos nossas, quando a propósito deste novo regime jurídico a autora salienta que o legislador face à oportunidade de corrigir as debilidades do nosso sistema divorcístico, acabou por não o fazer desprotegendo ainda mais as partes. Numa frase: o legislador “deixou um sistema ainda mais a precisar de reparo do que aquele que encontrou.”³²⁵.

³²⁵ Eva Dias Costa, “A Eliminação do Divórcio Litigioso por Violação Culposa dos Deveres Conjugais”, in AA.VV., *E Foram Felizes Para Sempre...? Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio. Actas do Congresso de 23, 24, e 25 de Outubro de 2008*, sob a direção de Maria Clara Sottomayor/Maria Teresa Féria de Almeida, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010, p. 80.

2. As Debilidades do Regime

2.1. A igualdade legal de género no seio familiar e as desigualdades estruturais

Ainda que, à primeira vista, o novo regime crie a ilusão de ser um texto satisfatório³²⁶, especialmente quando avaliado pelas boas intenções plasmadas na exposição de motivos do projeto de Lei n.º 509/X, a verdade é que, quando visto de perto e quando avaliadas as concretas repercussões que da sua aplicação resultam, acaba por suscitar uma quantidade apreciável de problemas jurídicos merecedores da nossa atenção, sobre os quais nos temos vindo até então a debruçar.

Centrando a nossa atenção na raiz da problemática, ela parece-nos residir, em grande parte, na desadequação que na prática a reforma constitui, face à realidade social existente³²⁷ produzindo consequências negativas, sobretudo no que toca à posição jurídica das mulheres e das crianças, ainda que a nossa atenção recaia especialmente sobre aquelas primeiras.

Creemos, afincadamente, que uma das maiores vicissitudes do regime está no errado pressuposto de que existe plena igualdade de género, não por entendermos que o legislador não estava consciente dessa desigualdade – até porque não só estava como deixou isso bem explícito na exposição de motivos do projeto de Lei – mas por essa preocupação não acabar vertida nas concretas soluções legais avançadas. Apesar de, no projeto, se espelhar a ampla consciência das desigualdades de género que assolam a nossa sociedade e a conseqüente necessidade de adaptar o nosso regime divorcista a essa realidade, a verdade é que essa preocupação acabou por não encontrar expressão na letra legal, como, aliás, acabou demonstrado pelos efeitos da sua aplicação prática, ficando perdida por entre os conceitos profusamente indeterminados de que o legislador se socorreu, ao que nos parece, em jeito de fuga³²⁸.

³²⁶ Neste sentido v. Maria Clara Sottomayor, “O novo regime jurídico do divórcio e os direitos das mulheres e das crianças” ... *ob. cit.*

³²⁷ Neste sentido, entre outros, Maria Clara Sottomayor, “Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio”, in AA.VV., *E Foram Felizes Para Sempre...? Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio. Actas do Congresso de 23, 24, e 25 de Outubro de 2008*, sob a direção de Maria Clara Sottomayor/Maria Teresa Féria de Almeida, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010, p. 13 e APMJ, “O novo regime jurídico do divórcio”... *ob. cit.*

³²⁸ De notar que falamos aqui concretamente do crédito compensatório onde o legislador não poupou o uso daqueles conceitos. Se muito frequentemente a utilização de conceitos indeterminados surge associada à concreta necessidade de remeter para aplicação concreta a densificações dos mesmos dotando as normas de um maior grau de flexibilidade trazendo inúmeros benefícios, a verdade é que não são raras

Escreveu, há já uma década, Guilherme de Oliveira que 30 anos de igualdade nas leis não foi tempo suficiente para produzir alterações satisfatórias na vida real³²⁹, e de tudo quanto o autor disse só uma correção ou melhor, uma atualização, acresce ser feita: é que àqueles 30 acrescem já mais 10, perfazendo nada menos do que 40 anos da reforma de 1977. Se é certo o papel de extremo relevo que a reforma assumiu no que respeita à rutura histórica com o sistema patriarcal de família, não deixa de ser menos certo, parafraseando Maria Clara Sottomayor, que “as mulheres continuam a ter a sua vida marcada pela construção cultural do género ... e que as circunscreveu a um estatuto de subordinação...”³³⁰ que estas quatro décadas de igualdade e democracia ainda não permitiram alterar, fazendo com que vivamos num verdadeiro patriarcado implícito³³¹.

A destruição daquela construção legalmente instituída não foi, efetivamente, suficiente, para que antigos valores se vissem substituídos por novos. E, pior que uma sociedade estruturalmente desigualitária só mesmo uma sociedade marcada pela ilusão da igualdade, dotada de leis que, por serem baseadas numa doce mas ilusória ficção igualitarista, se abstraem das concretas desigualdades existentes na vida matrimonial contemporânea levando à sua cada vez maior perpetração e menor consciencialização. Ora, lembre-se que para obter resultados desastrosamente errados basta, muitas das vezes, partir de pressupostos viciados.

Repetindo uma ideia já bastante debatida entre a nossa doutrina e salientada inclusive pelo Presidente da República aquando do exercício do seu direito de veto – mas, nem por isso, já rebatida ou menos verdadeira – sublinhamos também nós que a ânsia de pretender acompanhar a modernidade jamais deverá ou poderá ser feita à custa do apagamento da realidade social e daqueles que mais precisam de proteção, isto é: em detrimento do ex-cônjuge que se encontre numa posição de maior debilidade³³², em que

as vezes em que o legislador se auxilia deles como forma de se exonerar das suas responsabilidades transmitindo-as a quem mais perto da realidade social e das pessoas concretas se encontre: os magistrados. Todavia, conforme faz notar Maria Clara Sottomayor, “Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio”, in AA.VV., *E Foram Felizes Para Sempre...?...* ob. cit., pp. 38 e 39, se aquela técnica legislativa pode ser amplamente benéfica quando associada a uma magistratura com formação especializada, pode também dar-se o caso do efeito ser o oposto abrindo a porta preconceitos e a uma subjetividade nem sempre favorável às partes.

³²⁹ Guilherme de Oliveira, “Dois Numa Só Carne”... ob. cit., p. 12.

³³⁰ Maria Clara Sottomayor, “Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio”, in AA.VV., *E Foram Felizes Para Sempre...?...* ob. cit., p. 18.

³³¹ Maria Clara Sottomayor, “Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio”, in AA.VV., *E Foram Felizes Para Sempre...?...* ob. cit., p. 19.

³³² Cfr. Tomé D’Almeida Ramião, *O Divórcio e Questões Conexas. Regime Jurídico Atual...* ob. cit., pp. 14 e segs.; Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações do Regime Jurídico do Divórcio e das*

frequentemente se encontra o cônjuge mulher no momento do término da relação conjugal.

Por muito que a igualdade seja proclamada pelos meios legais ao dispor da sociedade e por muitos esforços que constitucionalmente, e não só, se reúnam – como é o caso da al. h) do art. 9º da CRP, onde a igualdade real é empreendida como uma tarefa fundamental do Estado – ela continua bastante aquém do desejado.

Em boa verdade, não obstante todo o longo caminho já percorrido que, de facto, permitiu algumas mudanças, a realidade é que “... ser uma *boa dona-de-casa* e uma *boa mãe* continuam a ser atributos apreciáveis nas mulheres e tais atributos radicam, precisamente, na dedicação da mulher às tarefas domésticas e aos cuidados familiares.”³³³. O próprio trabalho doméstico continua a ser uma atividade predominantemente feminina em qualquer sociedade, desde logo porque, mesmo naquelas em que o progresso ditou a sua entrada no mercado de trabalho, as mulheres acabam por cumprir uma dupla jornada: uma no emprego, outra em casa³³⁴.

Apesar da agora maior simetria, não temos ainda, como ninguém deveria aliás ter, qualquer relutância em admitir que há ainda um longo caminho no trilhar para que a igualdade material se assemelhe à formal³³⁵: as mulheres continuam a contribuir manifestamente mais que os homens para a vida familiar³³⁶. Neste campo, não só não

Responsabilidades Parentais. Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro... ob. cit., pp. 5 e segs.; Maria Clara Sottomayor, “Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio”, in AA.VV., *E Foram Felizes Para Sempre...?...* ob. cit., pp. 18 e segs.; APMJ, “Alterações ao regime jurídico do divórcio”, *Boletim da Ordem dos Advogados. Delegação de Santarém e Conselho Distrital de Évora*, ano 7, n.º 21, 2008, p. 22 e ainda APMJ, “O novo regime jurídico do divórcio”... ob. cit., p. 3.

³³³ Cfr. M.ª José da Silveira Núncio, *Mulheres em Dupla Jornada. A Conciliação Entre o Trabalho e a Família...* ob. cit., p. 54. Também Clara Calheiros, “Igualdade de género no Ministério da Justiça em Portugal: evidências estatísticas de diferenças homem-mulher na satisfação laboral”, *Scientia Iuridica*, tomo LXII, n.º 333, setembro-dezembro, 2013, pp. 499 e segs. salienta que “... o maior envolvimento das mulheres na esfera pública (no trabalho, na sociedade) não alterou o papel social que lhe está atribuído na esfera privada, onde continua a ser percebida como principal “cuidadora”: da casa, do companheiro, dos filhos, dos pais idosos.”.

³³⁴ Cfr. AA.VV., *A Vida Exige Nós Reclamamos, Igualdade de Direitos! Participação das Mulheres!: IV Congresso Nacional do Movimento Democrático de Mulheres*, Lisboa, Movimento Democrático de Mulheres, 1993, p. 23, bem como CIG, *A Igualdade de Género em Portugal...* ob. cit., p. 99.

³³⁵ Hugo Cunha, Lança “Pinceladas sobre a condição jurídica da mulher quarenta anos depois do 25 de abril: uma análise de antropologia jurídica” ... ob. cit., *passim*, onde o autor aborda a colossal diferença entre o direito legislado e o direito aplicado e adverte que “se grande parte do edifício legislativo tendente à igualdade dos géneros foi construído, importa ter presente que a regulação da sociedade não se constrói apenas com normas jurídicas.”.

³³⁶ É de facto lamentável que esta preocupação, ainda que expressa na exposição de motivos do projeto de Lei e ainda que amplamente preconizada pela APMJ em 2008 e consequentemente reiterada pelo Presidente da República tenha acabado na realidade por esmorecer e não se ver refletida na aplicação prática do novo regime legal. Neste contexto cfr. APMJ, “O novo regime jurídico do divórcio”... ob. cit., p. 3, onde se explicita abertamente que “em Portugal, todos os estudos empíricos elaborados sobre a divisão de tarefas entre os géneros revelam que as mulheres continuam a desempenhar as tarefas domésticas e o

existe igualdade, como estamos bastante longe de a atingir e, na verdade, continuaremos a estar enquanto as tarefas mais rotineiras – nas quais se inserem as compras; as refeições; o lavar a louça; o cuidar da roupa; a limpeza da casa; os cuidados mais básicos dos filhos como a alimentação, o banho e o adormecer quando sejam de tenra idade, as idas ao médico; o levar à escola; as idas às reuniões; etc... – continuarem a ser predominantemente desenvolvidas pelo cônjuge mulher³³⁷ fazendo com que vezes sem conta as responsabilidades familiares sejam ainda invocadas por parte das mulheres portuguesas para justificar não terem simultaneamente um emprego ou trabalharem somente a tempo parcial – algo que não acontece com os homens, como fica estatisticamente demonstrado³³⁸ – para justificar, no fundo a extrema e indubitável dificuldade de conciliar a vida profissional com a vida familiar, que assola mais às mulheres que aos homens³³⁹.

Reconhecer a mulher enquanto parte mais vulnerável, pelo maior investimento que geralmente fazem numa vida familiar – muitas vezes um investimento exclusivo – que se vem a dissolver, não é, ao contrário daquilo que já se tentou advogar³⁴⁰, atentar contra o princípio da igualdade de género. Este raciocínio não faz, aliás, no nosso entendimento, qualquer tipo de sentido, desde logo porque, além de plenamente compatíveis, as normas protecionistas de um dos géneros são muitas das vezes verdadeiramente imprescindíveis para a realização daquela igualdade³⁴¹. Reconhecer aquela posição, não é nada mais do que constatar e tentar combater uma fragilidade, tantas vezes e por tantos, ignorada. Não é, na verdade, nada mais do que prosseguir a

cuidado das crianças cumulativamente com uma atividade profissional, e que, para o mesmo trabalho, o salário das mulheres é, em média, 80% mais baixo do que o dos homens.”

³³⁷Cfr. Karin Wall/ Maria das Dores Gerreira, “A Divisão Familiar do Trabalho”, in AA.VV., *Famílias em Portugal*, sob a direção de Karin Wall, Lisboa, Imprensa de Ciências Sociais, 2005, pp. 328 e segs. onde se apresentam dados estatisticamente significativos no que tange à realização daquelas tarefas.

³³⁸ Neste sentido cfr. CIG, *A Igualdade de Género em Portugal... ob. cit.*, p. 108.

³³⁹ APMJ, “Conciliação entre a vida profissional e a vida familiar”... *ob. cit.*, e M.^a José da Silveira Núncio, *Mulheres em Dupla Jornada. A Conciliação Entre o Trabalho e a Família...ob. cit.*, pp. 93 e segs..

³⁴⁰ Referimo-nos neste contexto às palavras dos deputados eleitos pelo partido socialista que optando por “enviesar e desacreditar as palavras do Presidente” consideraram que identificar a mulher como a parte mais fraca atenta contra o próprio princípio da igualdade de género. Cfr. Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações do Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais. Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro... ob. cit.*, pp. 6 e 7.

³⁴¹ Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações do Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais. Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro... ob. cit.*, p. 144. Cfr. ainda ONU, *Discriminação Contra as Mulheres: a Convenção e o Comité... ob. cit.*, p. 6 onde se pode ler que o conceito da igualdade está longe de consistir em assegurar o mesmo tratamento a todos “...uma vez que a igualdade de tratamento das pessoas que não se encontram na mesma situação contribuirá para perpetuar a injustiça, em vez de a eliminar.”.

obrigação de diferenciação, para que remete a premissa de que nem o que é igual deve ser tratado de forma diferente, nem o que é diferente deve ser tratado de forma igual³⁴².

Em momento algum a lei proíbe que se discrimine³⁴³, o que ela proíbe é que haja discriminação quando não há motivo para tal. Quando ilegítimas, tão proibidas quanto as vantagens são também as desvantagens. Relembre-se, a propósito, que a preterição daquela obrigação de discriminar positivamente, sempre que se imponha uma justificação material para haver desigualdade, por ser uma imposição constitucionalmente consagrada, pode até mesmo gerar inconstitucionalidade por omissão.

É deveras perigoso cair na tentação de achar a consagração da igualdade incompatível com as normas que visam a proteção de um dos cônjuges face ao outro. Abolir essas normas protecionistas em nome da dita igualdade formal, tem um só resultado possível: conduzir à penalização das mulheres e ao seu conseqüente empobrecimento em caso de divórcio³⁴⁴. É, precisamente, neste contexto que insistimos na afirmação de que, muito pior que a falta de igualdade, é a errada presunção da sua existência pelos efeitos perversos que frequentemente provoca.

Não nos deixemos enganar pela neutralidade formal dos conceitos do ponto de vista do género, porque como faz notar Maria João Romão o termo é, apesar disso, enganador, desde logo porque à igualdade de direitos e deveres que se encontra legalmente instituída, não equivale ainda uma plena igualdade de facto, na medida em que os cônjuges não são sequer economicamente iguais, emergindo a especial necessidade de tutela económica da mulher, que muito se deve à transição legislativa, operada pelo legislador, de um modelo que sempre incentivou a dependência económica para um, que quer agora a todo o custo apelar à auto subsistência³⁴⁵. Citando Carlos Matias, “... há todo um longo caminho percorrido que tem que ver com o tempo em que ainda não éramos, com a tradição e o atavismo que nos condicionam...”³⁴⁶.

³⁴² J. J. Gomes Canotilho/ Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª ed., revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 333 e segs..

³⁴³ Cfr. Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I... *ob. cit.*, p. 825 e J. J. Gomes Canotilho/ Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I... *ob. cit.*, p. 341 e segs..

³⁴⁴ Rita Lobo Xavier, *Limites à Autonomia Privada na Disciplina das Relações Patrimoniais Entre os Cônjuges...* *ob. cit.*, p. 27.

³⁴⁵ M.^a João Romão Carreiro Vaz Tomé, “Considerações Sobre Alguns Efeitos Patrimoniais do Divórcio na Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro: (in)Adequação às Realidades Familiares do Século XXI?”... *ob. cit.*, pp. 153 e 192 e segs. e M.^a João Romão Carreiro Vaz Tomé, “A Esquecida Conexão Patrimonial entre o Direito da Família e o Direito da Previdência Social” ... *ob. cit.*, pp. 526 e segs..

³⁴⁶ Carlos Matias, “Da Culpa e da Inexigibilidade de Vida em Comum no Divórcio”... *ob. cit.*, p. 71.

Não descurando os vastos e meritórios resultados trazidos pela CRP de 1976 e a reforma do CC de 1977, somos, infelizmente, obrigados a admitir que é ainda longa a distância a percorrer entre a igualdade que legalmente se explicita e aquela com que na realidade nos deparamos; daí que seja ainda justificada nos nossos dias a necessidade de proteção jurídica as mulheres, já não pelas situações de poder “de direito” dos maridos sobre elas, mas antes pelas muitas situações de poder “de facto” que vão persistindo e continuando a legitimar tal proteção³⁴⁷.

Não temos dúvidas em reconhecer que, atualmente, o problema da discriminação não é tão manifesto como já foi. No entanto, esse seu caráter mais subtil, fruto de uma forma de pensar inconsciente, incutida em nós pelo próprio processo de socialização não nos apazigua, só faz aumentar as nossas preocupações pelas maiores dificuldades que faz obstar ao seu fim³⁴⁸. A prova viva disso é que um dos exemplos mais flagrantes de discriminação de tão simples e implantado que está entre nós, é provavelmente o último, que alguém se lembrará de mencionar em debates sobre o tema e Caetano Valadão Serpa³⁴⁹ chama vivamente à sua atenção: o autor refere-se a nada mais, nada menos do que à linguagem, o meio primário de comunicação entre seres racionais na expressão oral ou escrita... As frequentes menções a “pais” para se indicar simultaneamente o pai e a mãe; a “professores” para se indicar professores e professoras, entre tantos, mas tantos outros exemplos que aqui não nos cabem aprofundar.

É verdadeiramente impressionante e assustador que baste um único homem no meio de milhares de mulheres, para que o discurso se reproduza no masculino. A questão cultural pode, de facto, servir como muita coisa, pode ser uma bela e perfeita desculpa, o que não pode é passar disso, o que não pode é ser uma justificação para a linguagem sexista. Haverá maior prova da desigualdade de género que a próprio língua

³⁴⁷ Neste sentido, Rita Lobo Xavier, *Limites à Autonomia Privada na Disciplina das Relações Patrimoniais Entre os Cônjuges...* ob. cit., p. 144 e Hugo Cunha, Lança “Pinceladas sobre a condição jurídica da mulher quarenta anos depois do 25 de abril: uma análise de antropologia jurídica” ... ob. cit..

³⁴⁸ Desenganem-se aqueles que veem nesta maior subtileza um bom presságio. Reitera Maria Clara Sottomayor, “A Situação das Mulheres e das Crianças 25 Anos após a Reforma de 1977” ... ob. cit., p. 91 que ela só acaba por tornar cada vez mais difícil evitar as formas de discriminação, desde logo porque aqueles que a praticam “...julgam que atuam de forma neutral...”.

³⁴⁹ Caetano Valadão, Serpa “A Linguagem não Sexista”, in AA.VV., *Direitos Humanos e Qualidade de Vida nas Comunidades Falantes do Português nos EUA e Canadá*, sob a direção de Rosa Cassiano, Governo dos Açores/Presidência do Governo/Secretário Regional da Presidência/Direção Regional das Comunidades, 2012, pp. 257 e segs..

portuguesa só implicitamente se referir à mulher? Citando o autor, “não há solução para coisa alguma sem primeiro se reconhecer o problema.”³⁵⁰.

Na construção de uma sociedade mais equilibrada, mais justa e sobretudo mais igualitária e mais humana, tão importante como prevenir as manifestações mais grosseiras é obviar até as mais sofisticadas³⁵¹.

Muito em virtude tanto do art. 13º como do n.º 3 do art. 36º da CRP, certo é que poucas pessoas defenderão, nos nossos dias, a existência de discriminação em função do género³⁵², mas ainda que mais tenuemente, ela continua a manifestar-se fazendo com que a igualdade legal seja frequentemente frustrada pelas desigualdades sociais estruturais³⁵³, advindas da máxima popularmente conhecida, que encaminhava os homens ao trabalho e as mulheres à cozinha, amplamente preconizada pelo nosso CC na sua versão originária. Estava tão claramente escrito na lei quanto nas mentalidades e nos hábitos que à mulher cabia o trabalho doméstico³⁵⁴.

Se, com rigor, afirmamos que esse discurso já não encontra espaço no seio da nossa letra legal, cumpre todavia ressaltar – como aliás já fizemos no início desta investigação³⁵⁵ – que ao legislador cabem ainda responsabilidades no que toca ao seu enraizamento em termos sociais e, não é de todo concebível que pretenda agora desonerar-se da proteção daqueles, que por sua ação, se encontram agora numa posição de maior fragilidade, porque a verdade é que essa é uma posição que mesmo com o evoluir dos tempos teima em perdurar.

Ao passo que as mais antigas e tradicionais formas de discriminação vão sucumbindo, outras novas vão surgindo... A imaginação humana mostra-se irremediavelmente ilimitada no que toca a criar novos contextos de discriminação³⁵⁶, daí que este seja um assunto constantemente reaberto e coloque constantemente em causa o retorno da mulher – não a uma realidade nova ou a um estatuto nunca antes gozado –

³⁵⁰ Caetano Valadão, Serpa “A Linguagem não Sexista”... *ob. cit.*, p. 263.

³⁵¹ Maria Eduarda Azevedo, “Os direitos e a violência contra as mulheres”... *ob. cit.*, p. 103.

³⁵² A propósito sublinha também Maria Clara Sottomayor, “A Situação das Mulheres e das Crianças 25 Anos após a Reforma de 1977” ... *ob. cit.*, p. 85 que o desaparecimento das antigas incapacidades da mulher legalmente previstas “... faz crer a muitos juristas que o problema da desigualdade está resolvido, criando uma inconsciência ou uma insensibilização relativamente à permanência na sociedade actual, de vestígios do antigo autoritarismo masculino.”

³⁵³ Teresa Pizarro Beleza, *Mulheres, Direito, Crime ou a Perplexidade de Cassandra*... *ob. cit.*, p. 110.

³⁵⁴ Teresa Pizarro Beleza, *Mulheres, Direito, Crime ou a Perplexidade de Cassandra*... *ob. cit.*, p. 177.

³⁵⁵ Na realidade, dedicar parte deste estudo a uma análise histórica encontra precisamente razão nestes pequenos mas tão grandes pormenores que nos fazem compreender o caminho trilhado para chegarmos té aqui: até esta desigualdade...

³⁵⁶ Neste sentido cfr. Teresa Pizarro Beleza, *Direito das Mulheres e da Igualdade Social. A Construção Jurídica das Relações de Género*... *ob. cit.*, p. 106.

“...mas a um estado natural de mútua humanidade entre homens e mulheres, artificialmente destruído e mantido pelo sistema patriarcal.”³⁵⁷.

A respeito da igualdade entre mulheres e homens e no mesmo sentido que nos temos vindo até então a pronunciar, Teresa Pizarro Beleza profere algumas palavras bastante interessantes, que tomamos a liberdade de fazer nossas. A autora sublinha que “...a igualdade é proclamada pela maioria dos sistemas jurídicos, pelo menos dos países socio-culturalmente aproximáveis do nosso. Mas a desigualdade social que marca o seu relacionamento é tão forte e omnipresente que por vezes se torna invisível.”³⁵⁸. Do mesmo modo que Maria Clara Sottomayor, a autora denuncia assim o perigo do valor simbólico do princípio da igualdade ser utilizado para obscurecer a realidade e levar à negação da discriminação da mulher, tantas vezes considerada pelo discurso de tantos juristas quantos leigos “um fenómeno antigo e ultrapassado”³⁵⁹. Usando a expressão de Teresa Pizarro Beleza, que pode até à primeira vista soar a ironia: é seriamente urgente contestar o império da igualdade “não enquanto *ideal democrático*, mas enquanto *paradigma de pensamento*...”³⁶⁰.

Assumindo na esteira de Maria Teresa Féria de Almeida³⁶¹, que se não for uma quimera encarar a justiça como a alma do direito, então apelar à igualdade de resultado mais do que uma legítima esperança afigura-se uma incontornável exigência, até mesmo para que a afirmação de Virginie Larribau-Terneyre³⁶², onde a igualdade absoluta é caracterizada como uma pura abstração, vá começando a ceder e não continue tão real quanto atualmente ainda é.

Para tal, o primeiro passo está, a nosso ver, numa maior adequação do regime legal à nossa realidade matrimonial. De nada adianta que o legislador se empenhe em criar uma legislação avançada e extremamente moderna, se isso equivaler a “dar um

³⁵⁷ Maria Clara Sottomayor, “A Situação das Mulheres e das Crianças 25 Anos após a Reforma de 1977”... *ob. cit.*, p. 76.

³⁵⁸ Teresa Pizarro Beleza, *Mulheres, Direito, Crime ou a Perplexidade de Cassandra*... *ob. cit.*, p. 6 e ainda Tove Stang Dahl, *O Direito das Mulheres. Uma Introdução à Teoria do Direito Feminista*... *ob. cit.*, p. 6 onde se salienta que quanto mais vulgarizadas estão as diferenças, mais frequentemente elas teimam em escapar-nos.

³⁵⁹ Maria Clara Sottomayor, “A Situação das Mulheres e das Crianças 25 Anos após a Reforma de 1977”... *ob. cit.*, p. 96.

³⁶⁰ Teresa Pizarro Beleza, *Direito das Mulheres e da Igualdade Social. A Construção Jurídica das Relações de Género*... *ob. cit.*, p. 87.

³⁶¹ Maria Teresa Féria de Almeida, “Se as mulheres fossem seres humanos”, *Julgar*, n.º 22, janeiro-abril de 2014. <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/01/06-Teresa-F%C3%A9ria.pdf>, consultado a 17-06-2017.

³⁶² Virginie Larribau-Terneyre, “La Réception des Principes de Liberté et d’Égalité en Droit Civil, du Code Civil à Aujourd’hui: un Tableau Impressionniste”, in AA.VV., *Le Droit Privé Français à la Fin du XX^e Siècle*, sob a direção de, Paris, Litec, 2001, p. 85.

passo maior que perna”. Se há algo de que não precisamos é de um desfasamento idealista entre a realidade dos factos e a lei. Independentemente das boas intenções legislativas, que efetivamente não negamos, o que na prática se verifica é que a igualdade ficou na ombreira da porta, e há que traze-la para dentro do meio familiar³⁶³.

A gestão que o legislador fez das consequências do divórcio seria realmente boa se fosse dirigida a uma sociedade plenamente igualitária, que se lamenta não ser o caso.

A única preocupação em findar com a desigualdade de género no seio familiar, que tanto se agudiza no momento do divórcio, e vertida pelo legislador no projeto de Lei, acaba por ser lamentavelmente pouco útil quando da aplicação prática do novo regime divorcista resulta precisamente o oposto. Falamos aqui da figura crédito compensatório, que apesar de inicialmente concebida e associada à tão esperada e merecida compensação do trabalho doméstico de “mulheres que, durante toda a vida, deram à sociedade e à família muitos anos de trabalho gratuito...”³⁶⁴ produzindo riqueza tanto para a família quanto para a sociedade, acaba por não servir como resposta nem devida compensação³⁶⁵. O facto da lei se encontrar tão confusa quanto desadequadamente redigida, acaba por fazer com que as mesmas mulheres em que o legislador pensou aquando da consagração legal daquele mecanismo, sejam aquelas que agora não se consigam colocar na correspondente posição do sujeito que abstratamente o poder legislativo pressupôs, acabando desamparadas numa situação de pobreza e sofrimento³⁶⁶.

Pecando em múltiplos aspetos, cremos que o novo regime peca essencialmente pela sua concentração excessiva na igualdade de tratamento que, em consequência, faz ditar o insucesso da igualdade de resultado que exige que se trate de forma diferente aquilo que na realidade não é igual³⁶⁷ e que tanto advogamos. Como não deixa esquecer Maria Clara Sottomayor³⁶⁸, e nós pretendemos fazer lembrar, vivemos ainda numa sociedade incontestável e infelizmente marcada por diferentes posições atribuídas aos

³⁶³ Hugo Cunha, Lança “Pinceladas sobre a condição jurídica da mulher quarenta anos depois do 25 de abril: uma análise de antropologia jurídica” ... *ob. cit.*.

³⁶⁴ APMJ, “O novo regime jurídico do divórcio”... *ob. cit.*, pp. 3 e 4.

³⁶⁵ De notar que com isto não queremos significar que o crédito tenha sido pensado exclusivamente para mulheres, mas a verdade é que a grande maioria da população afetada pelo trabalho doméstico é feminina e o próprio legislador fez questão de relembra-lo.

³⁶⁶ APMJ, “O novo regime jurídico do divórcio”... *ob. cit.*.

³⁶⁷ Recorde-se que como reitera Tove Stang Dahl, *O Direito das Mulheres. Uma Introdução à Teoria do Direito Feminista*... *ob. cit.*, p. 58, “a igualdade técnica pode ter a discriminação de facto como resultado, tal como a discriminação pode promover a igualdade de facto.”

³⁶⁸ Maria Clara Sottomayor, “A Situação das Mulheres e das Crianças 25 Anos após a Reforma de 1977” ... *ob. cit.*, pp. 98 e segs. salienta que não pode o princípio da igualdade ser aplicado de uma forma “legalista, conceitual ou exegética” sem atender às desigualdades efetivamente existentes.

homens e às mulheres, fruto de uma cultura marcada pelo patriarcado, e a consequência de aplicar um princípio de igualdade formal acaba por ser uma única possível: a perpetuação da desigualdade. Se é verdade que, neste campo, já muito se alcançou, não deixa de ser menos verdade que ainda muito falta alcançar.

O silêncio do legislador que, sem se compreender o motivo, é tão maior na letra da própria lei do que na exposição de motivos que a antecedeu, só contribui para o acentuar das desigualdades e das injustiças que surgem no momento do divórcio³⁶⁹, tudo aquilo que os cônjuges, em especial os mais fragilizados não precisavam.

2.2. *A (falta de) coerência legislativa*

Não obstante a pouca coerência legislativa – ou até mesmo nenhuma, como nos arriscamos a afirmar – ser uma constante neste novo regime do divórcio, a verdade é que, ainda assim, é algo que além de não nos termos conseguido habituar, não conseguimos tão pouco compreender. Quanto mais tempo passa das transformações operadas, mais problemática é para nós a sua aplicação, desde logo porque maiores são também as repercussões e as vidas na qual o regime acaba por se repercutir. Perto de contar uma década da data da reforma, altura em que à partida seria de expectar que as maiores inquietações que nos assolaram em 2008 estivessem já resolvidas verificamos precisamente o oposto, que nos leva a concluir que o legislador tenha mesmo querido estes lamentáveis resultados.

Se em 2008 ainda se poderia equacionar uma possível falta de atenção legislativa ou alguma lacuna na previsão dos resultados que o regime viria a ter, dez anos depois isso não é sequer equacionável, até porque, crê-se afincadamente que uma década é tempo mais do que suficiente não só para dar conta das debilidades de um regime, como para proceder à sua respetiva transformação, a não ser, claro, que para tal falte vontade legislativa. É, no mínimo, incoerente que o legislador reconheça o quão decisivo é observar rigor no domínio das consequências do divórcio, em especial nas situações de maior fragilidade e desigualdade entre os cônjuges e depois não atenda sequer a essa fragilidade, assim como é incoerente querer atribuir maior liberdade na vida privada e mais margem de manobra individual na condução da vida familiar e conjugal no que toca à concessão do divórcio, mas não estender esse raciocínio à vertente patrimonial,

³⁶⁹ Tove Stang Dahl, *O Direito das Mulheres. Uma Introdução à Teoria do Direito Feminista...* ob. cit., p. 4.

também ela extremamente importante na tomada daquela decisão por parte dos cônjuges³⁷⁰.

Quererá o legislador atribuir liberdade e autonomia no que toca à concessão do divórcio e já não quanto aos seus efeitos? Modesta e honestamente, não vemos o sentido que isso possa fazer. Citando Heinrich Hörster uma coisa é clara "...hoje em dia é possível casar de manhã e, tendo ficado mal assente o almoço da boda, regressar à tarde à conservatória para requerer o divórcio."³⁷¹. Isto porque vale a autonomia da vontade dos cônjuges, os grandes protagonistas e interessados naquela relação jurídica. Então e no que toca à regulação das consequências patrimoniais a sua vontade perde importância? Deve ser esquecida? Cremos que não, até porque os cônjuges continuam a ser os grandes protagonistas e os maiores interessados no fim daquela relação conjugal.

Não pode o legislador querer evitar situações de injustiça e enriquecimentos injustificados sem antes pesar bem as consequências daquilo que vai legislar, sob pena de somente agravar ainda mais as injustiças e, simplesmente, conseguir alterar o cônjuge que sai enriquecido, o que além de não fazer qualquer tipo de sentido não resolve sequer o dito problema. O facto da própria riqueza se ter ao longo dos tempos transformado, acaba até por fazer com que aquela excessiva preocupação do legislador em evitar enriquecimentos injustificados, pelo menos nos moldes em que o legislador a desenhou, perca grande parte do seu sentido, desde logo porque no ocidente contemporâneo a riqueza atual se constitui por bens que não são sequer passíveis de ser transferidos como é o caso de "...uma boa aptidão profissional, que propicie um bom emprego, um bom salário, uma pensão de reforma garantida..."³⁷². É para nós extremamente incoerente pretender criar um regime na partilha que evite enriquecimentos injustificados, mas esquecer de incluir na partilha as maiores riquezas que atualmente os cônjuges possuem.

A preocupação do legislador, nos moldes em que aparece legislada, demonstra, uma vez mais, o elevado desfasamento entre a lei e a realidade. Teria sido, efetivamente, mais útil o legislador ter tornado mais clara a identificação das contribuições de cada um dos cônjuges para os acréscimos e decréscimos patrimoniais

³⁷⁰ França Pitão, "Os Novos Casamentos ou a Crise do Casamento Tradicional no Direito Português", in AA.VV., *Comemorações dos 35 Anos o Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977. Direito da Família e das Sucessões*, sob direção da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 185, relembra que com o casamento se tem em vista uma plena comunhão de vida que além do plano pessoal se estende também ao plano patrimonial.

³⁷¹ Ewald Hörster, "Evoluções Legislativas no Direito da Família Depois da Reforma de 1977" ... *ob. cit.*, pp. 68 e 69.

³⁷² Guilherme de Oliveira, *Temas de Direito da Família... ob. cit.*, p. 282.

do outro, como é o caso da formação profissional e da perda de oportunidades de desenvolvimento humano³⁷³ que merecem ser partilhadas no fim daquela conjugabilidade.

Além disso, não cremos que seja com normas cegas como as da partilha e da perda de benefícios que se conseguirão corrigir quaisquer injustiças e, ainda menos, se conseguirá defender a autonomia privada e a liberdade individual dos cônjuges, da mesma forma que, também não será com uma norma que nem sequer se refere ao trabalho doméstico, que se conseguirá compensá-lo devidamente³⁷⁴ – pelo menos não sem que, para alcançar esse resultado, o julgador tenha que ignorar um mecanismo exclusivamente pensado para esse fim e socorrer-se de caminhos turvos e outros mecanismos – que, por não servirem esse fim, se mostram lacónicos e inadequados, como é o caso da pensão de alimentos³⁷⁵.

Tristemente, o sistema jurídico continua, ainda hoje, a não valorizar adequadamente os prejuízos patrimoniais que algum dos cônjuges sofre para atender aos encargos familiares³⁷⁶.

Mas a falta de coerência legislativa não fica por aqui, ela continua bastante evidente nos mais diversos aspetos. Pensando, nomeadamente, na questão da partilha, não é de todo coerente permitir que os cônjuges escolham, de entre todas as

³⁷³ Sobre ter em conta a capacidade aquisitiva enquanto bem comum do casal debruça-se Allen M. Parkman, “The ali principles and marital quality”... *ob. cit.*

³⁷⁴ A APMJ, “O novo regime jurídico do divórcio”... *ob. cit.*, p. 4, chama precisamente à atenção para a formulação indeterminada do art. 1676º dizendo que a norma devia falar expressamente em remunerar o trabalho doméstico, sem rodeios. E sublinha ainda aquilo que chama de uma “...clara contradição entre o conteúdo do Preâmbulo e do articulado apresentado, no que diz respeito às causas do divórcio e à valorização do trabalho doméstico das mulheres.”

³⁷⁵ Citando neste âmbito Cristina M. Araújo Dias, “O Crédito pela Compensação do Trabalho Doméstico Prestado na Constância do Matrimónio (a Contribuição Consideravelmente Superior de um dos Cônjuges para os Encargos da Vida Familiar – o art. 1676.º do Código Civil)”... *ob. cit.*, p. 210 o que vezes várias acaba por acontecer, é que não conseguindo um cônjuge valer-se do direito ao crédito compensatório, a pensão de alimentos “é a única forma, e por uma outra via, de assegurar ao cônjuge que sempre se dedicou ao lar uma forma de se sustentar, tentando-se, por força da prestação de alimentos, compensar esse ex-cônjuge pela sua contribuição para os encargos da vida familiar. Só indiretamente se consegue compensar esse ex-cônjuge, objectivo que a redação do projecto do art. 1676.º tenta alcançar directamente.”. No entanto, casos existem em que nem mesmo essa proteção indireta consegue compensar o elevado investimento de um dos cônjuges na vida familiar. Atendendo à caracterização da sociedade portuguesa, em que as maiores responsáveis pelo trabalho doméstico e cuidado familiar (normalmente as mulheres) acumulam essas funções com o desempenho simultâneo de uma atividade profissional, o maior dos problemas que aqui se levanta é no entanto fácil de antever e M.^a João Romão Carreiro Vaz Tomé, “Algumas Reflexões Sobre a Obrigação de Compensação e a Obrigação de Alimentos Ente Ex-Conjuges”... *ob. cit.*, pp. 334 e segs. chama diretamente à sua atenção relembrando que no momento do divórcio, aquele estatuto de trabalhadora remunerada acaba por esbater a situação e o requisito da necessidade, gerando insuscetibilidade de se tornar credora de alimentos e ficando consequente e claramente por compensar toda a sua dedicação.

³⁷⁶ A afirmação, que corroboramos, é de Guilherme de Oliveira, “Dois Numa Só Carne”... *ob. cit.*, pp. 10 e segs..

possibilidades, o regime de bens que mais lhes aprouver e, no momento da partilha, desconsiderar essa escolha, nomeadamente quando em causa esteja o regime da comunhão geral de bens ou qualquer outro que, sendo mais intenso que a comunhão de adquiridos, se aproxime desta, porque, no fundo, é precisamente isso que o legislador faz. Sempre que os cônjuges hajam, dentro da sua liberdade, optado por um daqueles regimes, o legislador, ao impedir que se partilhe mais do que se partilharia no regime da comunhão de adquiridos, não faz nada menos do que desprezar ou colocar em segundo plano a vontade que permitiu aos cônjuges manifestar. Ora, se o espírito legislativo não se compadece com aquele género tão forte de comunhão, então porquê permiti-la? Permite a escolha mas no auge da sua importância ignora-a e decide pelos cônjuges o que entende ser melhor para eles? Fará isto algum tipo de sentido?

Bem sabemos que o art. 1790º só funciona em termos de valor e não opera uma substituição do estatuto dos bens, mas a verdade é que se isso poderá servir como elemento de argumentação ou justificação para os adeptos do regime, não deixa de ser menos verdade que a nós em nada nos apazigua. Não se diga levemente que os cônjuges poderão continuar a compor o seu quinhão por referência ao regime que escolheram, porque não será bem assim... A limitação que o 1790º vem trazer para os cônjuges, facilmente poderá fazer com que um deles não tenha possibilidade de compor o seu quinhão por determinado bem.

A título exemplificativo, não há como ignorar que um cônjuge que fique limitado a receber na partilha 1.000€, dificilmente poderá conseguir compor o seu quinhão com um bem, que não obstante no regime da comunhão geral de bens (regime que havia sido celebrado o casamento) ser um bem comum, apresente um valor de 25.000€. Apesar de na letra legal e de na teoria não se apresentarem quaisquer entraves a essa solução, na prática, para um dos cônjuges pode não ser mesmo possível ficar com determinado bem em que até teria todo o interesse.

Ou seja, ainda que qualquer dos ex-cônjuges possa preencher o seu quinhão com quaisquer bens que integrem o património comum, o que aqui se relembra é que, adjudicar um bem de valor superior ao do seu quinhão, implicará o pagamento de tornas e do respetivo imposto de selo relativamente ao valor em excesso³⁷⁷, algo que, em concreto, poderá ser inoportuno, acabando por figurar muito mais do que um mero limite em termos de valor. Causa-nos, de facto, uma certa estupefação que algum dos

³⁷⁷ Cfr. Rita Lobo Xavier, “Regime da Comunhão Geral de Bens e Partilha Subsequente ao Divórcio à Luz do Novo Artigo 1790.º do Código Civil”... *ob. cit.*, pp. 546 e segs..

cônjuges, ou ambos, para fazer jus à sua vontade previamente expressa, tenham que despende de valores que podem nem sequer possuir, sobretudo se estivermos a falar dos interesses do cônjuge mais fragilizado e numa posição economicamente mais débil. E não tente sequer advogar-se que casos haverá em que a norma não se aplicará, ou não produzirá tão graves efeitos e não se revelando tão desprovida de sentido de justiça, até porque a justeza ou não de uma norma em nada se prende e em nada tem que ver com o número de pessoas a que se aplica ou com o número de resultados desastrosos que acarreta.

A tão grande preocupação do legislador com as assimetrias e as desigualdades dos cônjuges, expressa em vários aspetos do regime matrimonial, acaba por não se revelar em nenhuma destas normas, o que é incompreensível, dada a extrema importância da definição das consequências patrimoniais do divórcio.

Veja-se o quão incoerente é manter o princípio da imutabilidade – que, entre outros desígnios, pretendia servir a proteção do cônjuge mais frágil, respetivamente o cônjuge mulher, para que o possível ascendente psicológico do marido não a levasse a tomar alguma decisão que a colocasse numa situação prejudicial e de maior fragilidade³⁷⁸ – e, momentaneamente, no mesmo regime criar uma norma como a do art. 1790º que, vezes sem conta, faz precisamente o oposto: desprotege aquele cônjuge. Fará sentido proibir os cônjuges, que melhor do que ninguém saberão o que será melhor para si, de alterar o regime de bens depois de celebrado o casamento e estabelecer, no 1790º, tão grandes mutações no momento da partilha? Reiterando uma vez mais, se é certo que sabemos que o legislador não opera com a norma uma verdadeira substituição do regime de bens, não é menos certo que, na prática, os resultados da sua ação não divergem muito disso. O legislador, com o princípio da imutabilidade, tanto quis proteger um cônjuge do outro, que agora nos arriscamos a afirmar que os cônjuges já só precisam ser protegidos de uma coisa: da própria ação legislativa, que nos parece causar mais danos do que os próprios cônjuges poderiam causar, desde logo porque a sua vontade nos parece dotada de uma maior legitimidade, para prover a alterações no campo da sua vida patrimonial que o próprio legislador.

Creemos, inclusive que, de todas, a mais lógica solução passaria, efetivamente, por admitir a mutabilidade, para que os cônjuges, mais do que poderem prever um regime

³⁷⁸ Entre outros autores, já anteriormente citados a propósito do princípio da imutabilidade, cfr. Carlos Pamplona Corte-Real, *Direito da Família e das Sucessões*, Suplemento da Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, Lex, 1995, pp. 113 e segs..

de bens diferente para o momento da partilha em sede de convenção antenupcial, pudessem mesmo fazê-lo na própria constância do casamento, para que o regime patrimonial pudesse, a cada passo, adequar-se às circunstâncias que se vão constantemente alterando³⁷⁹. Além de uma enorme incoerência, há para nós aqui uma grande tensão normativa, sobretudo entre a norma imperativa do 1790º, o princípio da liberdade de escolha do regime de bens e a sua conseqüente imutabilidade.

Ademais, ainda que seja em sede de convenção antenupcial, se é permitido aos cônjuges estabelecer que a partilha se faça de acordo com um regime que pode ser diferente do que vigorou no casamento ao abrigo do art. 1698º³⁸⁰, então mais insistimos que o legislador se devia abster de tomar aquela decisão pelos cônjuges, seja qual for a sua argumentação, porque se eles tivessem interesse em ver a partilha ser feita de acordo com um regime diverso, então eles próprios teriam feito essa distinção. Não deve o legislador querer “ser mais papista que o papa”.

O legislador preocupou-se mais em decidir pelos cônjuges do que, concomitantemente à maior autonomia e liberdade que a reforma trouxe aos cônjuges no que toca ao pedido de divórcio, estender essa mesma liberdade e autonomia também ao campo patrimonial.

Por tudo isto, não temos quaisquer dúvidas em afirmar que a constante incoerência legislativa é indiscutivelmente um dos maiores motivos para que os principais objetivos da reforma não tenham sido alcançados. Pelo menos, não da forma como se previa e tanto se exaltava.

2.3. *O direito da família e as crises familiares*

Que o direito da família se encontra ou, pelo menos, se deve encontrar associado às crises familiares não temos quaisquer dúvidas; a única interrogação que nos surge é

³⁷⁹ E dizemos isto porque acreditamos fortemente que até mesmo a possibilidade consagrada no art. 1713º que admite as convenções sob condição ou a termo acabam muitas vezes por ver perdido o seu grande efeito útil, de permitirem que se adeque o regime às concretas circunstâncias do caso, devido uma vez mais aos princípios da anterioridade e da imutabilidade. Queremos com isto significar que no fundo, a própria possibilidade de modificação do regime de bens através de convenção antenupcial sob condição ou a termo apesar de gerar uma maior flexibilidade, não é ainda capaz de se adequar na perfeição às novas circunstâncias que poderão surgir, algo que só mesmo através de um princípio de mutabilidade se poderia conseguir. Neste sentido v. Esperança Pereira Mealha, *Acordos Conjugais para Partilha dos Bens Comuns... ob. cit.*, pp. 139 e segs..

³⁸⁰ Cfr. Rita Lobo Xavier, “Regime da Comunhão Geral de Bens e Partilha Subsequente ao Divórcio à Luz do Novo Artigo 1790.º do Código Civil”... *ob. cit.*, pp. 527 e 534 e segs. e Esperança Pereira Mealha, *Acordos Conjugais para Partilha dos Bens Comuns... ob. cit.*, pp. 144 e segs..

se será seu ensejo atenuar essas crises ou, pelo contrário, acentuá-las. Não é que nos faltem certezas sobre o papel que o direito deve cumprir, mas, de facto, as suas ações têm-nos trazido algumas interrogações e inquietações que pretendemos aqui compartilhar. Partindo do desenhar de duas hipóteses, afirmamos que se o intuito do direito da família passar por acautelar e resolver aquelas crises, então entendemos que o propósito é ótimo mas, lamentavelmente, não está a ser bem conseguido. Se, pelo contrário, o seu intuito passa por acentuar e agravar aquelas crises, então, nesse caso, somos obrigados a admitir que o propósito nada tem de meritório mas está a ser plenamente bem conseguido pelo legislador.

Ora, não querendo sequer equacionar que se possa tratar da segunda hipótese e seguindo pela primeira das opções, somos realmente obrigados a concluir pelo insucesso daquela finalidade, porque, se de facto há algo que o legislador, através do direito da família não tem conseguido, é amenizar as crises familiares. O raciocínio afigura-se lógico e de simples percepção: se há um dos cônjuges que, frequentemente, se encontra numa posição de maior fragilidade comparativamente ao outro e se o legislador não consegue com este novo regime dar conta dessa delicadeza, bem pelo contrário, então não é de difícil previsão que ao invés de resolver aquela adversidade, o legislador conseguirá tão-somente intensificá-la.

Olhando o direito da família fundamentalmente como “o direito das crises familiares”³⁸¹ na aceção de Miguel Teixeira de Sousa, convinha que ele realmente servisse o efeito de as resolver e não de as acentuar.

Evidencia Guilherme de Oliveira que “as rupturas dos casamentos e das uniões de facto darão lugar a injustiças, se não forem arbitradas por um terceiro imparcial”³⁸². Esta é, realmente, uma afirmação bastante curiosa, com a qual talvez concordássemos, se não fosse neste concreto contexto, mas nos termos desta nossa investigação ela é para nós de muito difícil afirmação. Sendo verdadeiramente certo que assim deveria ser, é todavia menos certo que assim é na realidade. Não tendo quaisquer relutâncias em admitir o louvável papel que, tantas vezes, o direito da família assume no que tange à definição das consequências patrimoniais do divórcio pela importância que reveste³⁸³,

³⁸¹ Miguel Teixeira de Sousa “Do Direito da Família aos Direitos Familiares”... *ob. cit.*, p. 559.

³⁸² Guilherme de Oliveira, “«Queremos amar-nos... mas não sabemos como!»” ... *ob. cit.*, p. 47.

³⁸³ Cita-se neste âmbito uma vez mais Guilherme de Oliveira, “«Queremos amar-nos... mas não sabemos como!»” ... *ob. cit.*, p. 47 onde o autor afirma que “mais do que uma preocupação com os modos de desfazer o casamento, cresce nos meios jurídicos a angústia de não resolver bem as consequências do divórcio, tanto as consequências pessoais sobre os ex-cônjuges e os filhos, como as consequências patrimoniais.”

entendemos, particularmente, que o legislador ficou bastante aquém nessa tarefa que lhe incumbia. Não que entendamos faltar imparcialidade mas, sobretudo, por defendermos que o legislador, pelos diversos motivos que, ao longo desta investigação fomos avançando, não conseguiu arbitrar nem acabar com as injustiças como seria de esperar.

Esperava-se do legislador um terceiro imparcial, capaz de zelar indistintamente por ambos os cônjuges protegendo as suas posições jurídicas, e não alguém que, pela sua enorme falta de contextualização e elevada incoerência, fizesse precisamente o oposto.

Seguindo também nós o entendimento de que as leis do divórcio não se afiguram o meio mais adequado para proteger a família, por estarem condenadas a chegar demasiado tarde³⁸⁴, certo é que elas também não devem servir para, nesse momento em que mais são precisas, desproteger ainda mais os seus membros³⁸⁵.

Por muito que se lamente, não concordamos de todo com as palavras discorridas pelo deputado Alberto Martins na reapreciação do decreto n.º 232/X a 17 de setembro de 2008, atestando que esta nova lei seria um bem para a nossa República, por proteger o interesse público, ser mais justa, mais equitativa e mais igualitária com o especial objetivo de proteger por igual ambos os cônjuges, com particular discriminação positiva do cônjuge mulher, em muitas circunstâncias parte mais fraca³⁸⁶. Ainda que pudesse e devesse efetivamente sê-lo, cremos que muito ficou a faltar e, sem qualquer injustiça, dizemos que, relativamente aos presentes aspetos, a lei não se mostrou tão justa quanto poderia e essencialmente quanto deveria.

Porque não diríamos melhor, passamos a citar Eva Dias Costa que, no culminar de uma análise ao novo regime, pede ao legislador mais humildade e sobretudo que se deixe orientar por quem, como a APMJ, tem investido largos anos de ponderação nestas

³⁸⁴ Neste sentido, Guilherme de Oliveira, “Linhas gerais da reforma do divórcio”, *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 6... *ob. cit.*, p. 63.

³⁸⁵ Nesta aceção reproduzimos as sábias palavras de Maria Clara Sottomayor, “A Situação das Mulheres e das Crianças 25 Anos após a Reforma de 1977” ... *ob. cit.*, p. 124 onde a autora ao reiterar que a compaixão pode ser uma fonte de progresso para o direito, diz que “o jurista deve deixar-se orientar, na determinação do direito aplicável, pelo *sentimento* de justiça, o qual por sua vez é informado pela capacidade de compaixão pelos outros, evitando-se, deste modo, decisões injustas para os mais fracos.”, acrescentando ainda que o direito da família se trata de uma área “...em que o sentimento tem um papel e que, estudada como um universo fechado e insensível às necessidades e aos problemas reais das pessoas, corre o risco de comportar soluções *impiedosas* com os mais fracos...”. Algo que nos parece precisamente acontecer neste nosso novo regime divorcista.

³⁸⁶ Para cfr. as declarações do senhor deputado Alberto Martins v. Tomé D’Almeida Ramião, *O Divórcio e Questões Conexas. Regime Jurídico Atual...* *ob. cit.*, p. 115

matérias³⁸⁷. Apelo este compartilhado por Rita Lobo Xavier, que expressa também que “...os estudos histórico-sociológicos e jurídicos preparatórios do diploma mereciam que os deputados tivessem respondido com soluções político-familiares mais adequadas e formuladas com maior rigor técnico.”³⁸⁸.

Creemos que o legislador deveria ter ouvido com maior atenção as críticas e as advertências que lhe foram feitas³⁸⁹, da mesma forma que devia ter antecipado os resultados das normas que criou, de modo a garantir tanto uma correta avaliação do impacto da norma nas vidas daqueles a quem se irá aplicar como a sua adequação e a sua justiça³⁹⁰. Não bastam realmente boas intenções, nem ideias claras e distintas, mais do que isso é necessário e, até mesmo imperioso, que elas sejam adequadas e justas. Mas, se por um lado nos choca a leviandade com algumas das normas deste regime – concretamente as analisadas nesta investigação que se enquadra na gestão dos efeitos do divórcio – foram legisladas, choca-nos ainda mais a falta de humildade legislativa para as remendar, e não se diga que elas não precisam de reparo, porque isso acaba por resultar líquido do próprio relatório realizado pelo Observatório Permanente da Justiça Portuguesa do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, por solicitação do Ministério da Justiça que teve por base “...identificar, não só eventuais problemas e bloqueios à aplicação da reforma, mas também o impacto das alterações legais...”³⁹¹.

Ainda que o julgador seja alguém particularmente preocupado com a realidade, conhecedor tanto das leis como dos valores que motivaram a sua elaboração consciente do tempo e do espaço em que se inserem e se movem as personagens da peça que lhe cumpre julgar³⁹², a verdade é que ele não consegue, por si só, prosseguir com os ideias de justiça a que tanto apelamos, especialmente quando os objetivos de uma determinada reforma, como esta, não tenham sido concretizados da melhor forma possível, desde logo por lhe ser impossível substituir-se ao papel do legislador.

³⁸⁷ Eva Dias Costa, “A Eliminação do Divórcio Litigioso por Violação Culposa dos Deveres Conjugais”... *ob. cit.*, p. 80.

³⁸⁸ Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações do Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais. Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro...* *ob. cit.*, p. 7.

³⁸⁹ Note-se que neste âmbito além das preocupações da APMJ, o próprio Presidente da República demonstrou as suas apreensões que fizeram inclusive com que vetasse o diploma e que repetiu mesmo depois do regime estar já em vigor. Cfr. Amadeu Colaço, *Novo Regime do Divórcio...* *ob. cit.*, pp. 499 e segs. e Observatório Permanente da Justiça Portuguesa do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, “O novo regime jurídico do divórcio em avaliação”... *ob. cit.*

³⁹⁰ V. Maria Teresa Féria de Almeida, “Se as mulheres fossem seres humanos”... *ob. cit.*

³⁹¹ Observatório Permanente da Justiça Portuguesa do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, “O novo regime jurídico do divórcio em avaliação”... *ob. cit.*

³⁹² Carlos Matias, “Da Culpa e da Inexigibilidade de Vida em Comum no Divórcio”... *ob. cit.*, p. 86.

Traduzindo a expressão usada por Luis Díez-Picazo, resta-nos somente reconhecer que desgraçada é a família que tenha que viver regulada pelo direito³⁹³. Para nós, essencialmente por dois motivos: em primeiro lugar porque a necessidade daquela intervenção será logo à partida um mau presságio e, em segundo lugar, porque atendendo aos inconvenientes deste nosso regime, são elevadas as probabilidades de os cônjuges necessitarem de um maior auxílio depois da sua aplicação do que até mesmo antes.

Não querendo demonstrar ingratidão por todo o trabalho legislativo desenvolvido o livro IV do nosso CC, muito em virtude desta reforma de 2008, é para nós realmente “...“o livro do nosso descontentamento”!... Tanto por fazer, tanto por corrigir, tanto por assumir!”³⁹⁴.

³⁹³ Luis Díez-Picazo, *Familia y Derecho*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1984

³⁹⁴ As palavras compartilhadas são da autoria de Carlos Pamplona Corte-Real, “Relance Crítico Sobre o Direito de Família Português... *ob. cit.*, p. 130.

VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma vez chegados à reta final impõe-se, por fim e em jeito de epílogo, alinhar as conclusões que o nosso espírito crítico foi já ao longo de toda a investigação indiciando e fazendo notar.

Antecedida por um projeto de Lei repleto, na sua exposição de motivos, de aprazíveis e indulgentes propósitos, a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, acaba por, lamentavelmente, trazer consigo mais interrogações e reticências do que os tão aclamados pontos finais. Com uma mão cheia de boas intenções, somos obrigados a admitir, neste momento final, que o legislador acabara por deixar que elas lhe escorressem por entre os dedos e o resultado não acabou efetivamente tão satisfatório quanto no momento se anteviu.

Mas, de modo a não cometer o mesmo erro que o legislador no que toca a deixar sem resposta as inúmeras questões por nós avançadas, e a que nos propusemos inclusivamente responder ainda no âmbito daquelas que foram as nossas considerações introdutórias, bem como antes que nos percamos entre afirmações puramente abstratas, começamos por concluir, em resposta à primeira delas, que é ainda realmente inequívoca, nos nossos dias, a posição de maior fragilidade de um dos cônjuges, e que não devem, de facto, ser tomados como sinónimos os valores de igualdade trazidos pelo final da década de setenta e aqueles que diariamente se reproduzem no seio das nossas famílias.

Por muito que a letra legal nos remeta para o campo da pura igualdade, não nos é permitido ainda – não depois de toda a caracterização da sociedade portuguesa por nós desenvolvida – negar toda a dissemelhança em que continuam a edificar-se as relações de conjugabilidade entre os cônjuges. Lamentavelmente, tão certa quanto essa posição de maior fragilidade, com bastante frequência ocupada pelo cônjuge mulher, e o seu consequente reconhecimento pelo órgão legislativo, é a afirmação de que não acabou por passar disso mesmo: do puro e exclusivo reconhecimento de uma inequívoca fragilidade, a que o legislador não se mostrou capaz de dar resposta e persiste ainda hoje.

De facto, só com uma eficaz intervenção legislativa nesta matéria, que concluímos ter aqui ficado a faltar, se poderia superar essa doce ilusão igualitária que teima em

entorpecer e trapacear-nos os sentidos, fazendo dela uma doce, mas não ilusória realidade.

Pensado para dar resposta a esta fragilidade, o crédito compensatório acaba por se revelar além de amplamente complexo, extremamente insuficiente por deixar de fora do seu âmbito de aplicação, inúmeras situações para as quais havia até sido à partida delineado, não solucionando mas tão só criando a aparência da solução, o que tão mais intensifica as nossas preocupações. Como esta, várias são as situações em que pior que a falta de regulação de determinada matéria é o seu deficitário tratamento, por criar a ficção de que aquela é já uma questão tão ultrapassada quanto resolvida, fazendo com que a nossa atenção seja desviada de um problema que, na prática, subsiste.

Assim, não temos hesitações em asseverar, no nosso humilde e sincero entendimento, que melhor que os débeis resultados alcançados pelo n.º 2 do art. 1676º teria sido mais vantajoso que o legislador se tivesse absterido daquela intervenção legal. É certo que, desse modo, não teríamos qualquer solução (e pode haver quem prefira uma solução débil à sua total ausência) mas teríamos, no entanto, a clara consciência da sua falta e da sua necessidade. Deste modo, não nos resta nem uma adequada solução, nem tão pouco aquela consciência: criou-se, ao invés, para o legislador o sentimento de dever cumprido e, para os mais desatentos, a quimera de uma já estabelecida justiça no que respeita à compensação do trabalho doméstico desenvolvido na constância do matrimónio.

Apesar de todas as dificuldades que estão associadas a uma presunção, no caso uma presunção de renúncia, arriscamo-nos a afirmar que, ainda assim, seria mais simples a sua ilação do que o preenchimento cumulativo da cascata de conceitos indeterminados com que o legislador reinventou o n.º 2 do 1676º. Note-se, no entanto, que não se trata aqui de defender a perfeição da solução anteriormente prevista – a apologia que fazemos é à reformulação do atual preceito tornando-o mais claro e preciso e não à manutenção da anterior solução – mas antes de reiterar a imperfeição do preceito atualmente em vigor.

Ora, é precisamente para este perigo que pretendemos chamar a atenção. É importante ter presente que esta é uma luta inacabada mesmo após a reforma de 2008, não tivesse trazido ela mais questões que respostas, mais dúvidas que certezas, mais conceitos indeterminados que resultados, ou como se diria em bom português: mais parra, que uva.

Ainda que do n.º 2 do 1676º resulte, na prática, uma clara desproteção dos cônjuges, em concreto do mais frágil, isso não equivale obviamente à afirmação de que esse haja sido o intuito na norma, pelo contrário. Acreditamos até que o legislador pecou não por falta, mas por excesso: foram tantas as prudências impressas que se acabou por esvaziar o campo de aplicação da norma, reduzindo simultaneamente o número de cônjuges passíveis de integrar a sua proteção.

O excesso de que aqui falamos é, na realidade, o mesmo que motivou e munuiu a redação dos arts. 1790º e 1791º de tão excessivo paternalismo, ao pretender garantir que o divórcio não fosse sinónimo para nenhum dos cônjuges de alguma vantagem patrimonial, que acabou por ferir inexplicável e gravemente a sua autonomia privada, bem como o mesmo excesso que torna dissonante e coloca em causa o objetivo do legislador pretender um regime divorcista, caracterizado pela maior liberdade na vida privada e pela maior margem de manobra individual dos cônjuges, no que concerne à sua vida conjugal e familiar.

É realmente, para nós, extrema a carência de sentido que aqui se afigura: a mesma entidade que pretende aumentar a liberdade e autonomia privada, é aquela que no limite mais a restringe, e uma lei desenhada, especialmente, para abonar pela facilitação do divórcio é a mesma que reprime e penaliza patrimonialmente, tanto pela partilha como pela perda de benefícios, aqueles que optem por seguir essa via. Concluímos que algo carece, de facto, de ser melhor densificado, porque pretender liberdade e autonomia e criar normas manifestamente restritivas como as consagradas nos arts. 1790º e 1791º, faz tudo menos sentido, daí que o nosso entendimento vá, inequivocamente, no sentido da sua eliminação.

Aferindo concretamente da redação levada a cabo pelo legislador no art. 1790º, onde se estabelecem os novos moldes de efetivar a partilha, nomeadamente por referência ao regime da comunhão de adquiridos, independentemente do regime de bens escolhido em convenção antenupcial, voltamos a frisar nestas notas finais algo que fomos já deixando em evidência, em momento anterior: não se vislumbra qualquer razão, nem valor de ordem superior para esta atitude legislativa. Não conseguíamos inicialmente, assim como não conseguimos agora, já no momento final da nossa análise e depois de toda a investigação avançada, vislumbrar qualquer razão que legitime o facto de, em tão importante matéria, o legislador se ter achado em melhor posição que os próprios cônjuges – que, sublinhe-se, são os maiores interessados – para definir os contornos em que se passam a desenhar as suas vidas patrimoniais após o divórcio,

especialmente quando isso implique a preterição daquela sua vontade previamente manifestada.

Além de uma elevada falta de coerência legislativa, não vemos qualquer outro fundamento para que, no momento da partilha, se postergue uma escolha feita pelos cônjuges antes mesmo da data de celebração do matrimônio e em pleno exercício da liberdade que legislativamente lhes fora concedida. Parece-nos que o tom excessivamente paternalista do legislador impresso tanto nesse preceito como no próprio art. 1791º, referente à perda de benefícios, não lhe permitiu, na prática, recordar algo que jamais poderia ter esquecido: acima de tudo os cônjuges são adultos livres e responsáveis pelas suas decisões e, à liberdade que lhes fora atribuída, está adjacente a responsabilidade, compondo os conceitos, em conjunto, um binómio por nós tão bem conhecido.

Nem mesmo a convicção de que aquele regime de bens opera um resultado mais justo que qualquer outro é sequer por nós defensável porque, ao mesmo tempo que visa garantir e se concentram todas as atenções na tentativa de partilhar somente aquilo que haja sido fruto do esforço comum do casal, não se consegue a garantia de outro fator tão ou mais importante: a salvaguarda de que tudo aquilo que desse esforço haja resultado, acabe efetivamente partilhado.

Isto é, para garantir a partilha justa a que o legislador tanto faz apologia, mais do que criar um regime que só permita partilhar bens que tenham sido fruto do esforço comum do casal, teria sido necessário assegurar ainda, que nenhum desses bens acabasse esquecido no momento da partilha e, é essencialmente aqui, que o regime falha, não nos permitindo, em harmonia com o legislador, considerar o regime da comunhão de adquiridos tão meritório que por si só justifique a sua imposição à vontade das partes.

Enquanto ficar a faltar a redefinição do conceito de bens comuns do casal, no sentido de fazer integrar nele o capital humano e a capacidade aquisitiva enquanto bens extremamente significativos no atual património dos casais e passíveis de gerar rendimentos, bem como os chamados bens da “nova propriedade”, onde se incluem os direitos relativos ao sistema de previdência social, cremos firmemente que ficarão também a faltar, no momento da partilha, importantes bens a partilhar e justiça por fazer.

Não bastassem já todas estas perturbações, somam-se ainda muitas outras em virtude do âmbito de aplicação da Lei. Se a letra do artigo, por si só, é já geradora de

profundos desassossegos por toda a restrição da autonomia da vontade que implica, eles acabam tão mais agravados quando a ela se soma a dilatação do seu campo de aplicação a quaisquer divórcios que venham a ser depois da entrada em vigor da Lei decretados, com a única exceção daqueles que, à data, se encontrassem já pendentes em tribunal, não importando qualquer distinção em função da data de celebração do matrimónio.

É verdadeiramente incompreensível que o legislador, além de preterir a vontade das partes, o faça mesmo quando ela haja sido manifestada antes da própria entrada em vigor do novo regime jurídico, num momento em que os cônjuges não tinham como antever tal alteração, nem tão pouco ao longo dos vários anos de casamento, onde foram fazendo as suas escolhas patrimoniais e desenhando as suas vidas na expectativa da partilha se vir a efetuar, fosse qual fosse a forma de dissolução do casamento, de acordo com o regime de bens que o legislador permitiu que escolhessem, e mais do que isso: impediu que alterassem.

Esta é, assim, uma solução que, além de atentatória da autonomia privada, fere gravemente valores como a certeza e segurança jurídicas, elementos essenciais do Estado de Direito Democrático e nos fazem propender sem quaisquer hesitações para a sua desconformidade com a nossa Lei Fundamental. Aplicar aquele regime é por si só desconcertante, mas aplicá-lo, independentemente do matrimónio vir a ser futuramente celebrado ou tê-lo já sido, seja dias, semanas, meses, anos, ou até mesmo décadas antes, é para nós muito mais que isso: é inconstitucional.

Na mesma linha das considerações que aqui temos vindo a tecer, concluímos ainda que também a solução encontrada pelo legislador para reformular o teor do 1791º, anteriormente associado à culpa, origina alguns impasses, desta feita não só ao nível da autonomia privada e da certeza e segurança jurídicas, mas especialmente por terem sido várias as questões que mesmo quase uma década depois da reforma, continuam laconicamente por responder.

Ainda que este não seja, de todo, um caminho por nós aplaudido, defendemos ainda assim, que se essa era a opção legislativa, então o mínimo exigível da parte do legislador teria sido uma regulação completa da concreta questão. Determinar que, em caso de divórcio, ambos os cônjuges perdem os benefícios recebidos ou a receber em virtude do casamento ou em consideração do estado de casado exige muito mais do que essa afirmação pura e simples com que o legislador nos presenteou. Tantas eram em 2008, quantas continuam a ser as questões a que o legislador deveria ter respondido e até agora não conseguimos compreender porque não o fez.

O desejo de querer evitar que o casamento em si, ou melhor dizendo: o divórcio, possa consubstanciar uma forma de adquirir bens, pelas amplas e graves consequências que acarreta, não podia ter resultado de uma opção tão leviana quanto esta que traz mais questões que respostas. Se bem que, no nosso modesto entendimento, não podia aliás ter resultado de qualquer forma por muito pensada que a questão houvesse sido e por muitas respostas que houvesse trazido, porque dificilmente alguma delas se sobreporia à autonomia privada de que tanto somos apologistas.

Esta é, enfim, uma norma que, além de colocar em causa todos os valores constitucionalmente protegidos a que fizemos referência e levantar variadas questões a que o legislador não se preocupou em dar resposta – como é o caso de prever uma solução para as situações em que o bem tenha já perecido, ou a esfera jurídica do doador para a qual o bem reverte, automaticamente se haja já extinguido – vem ainda lamentável e incompreensivelmente, num regime que pretendia precisamente o oposto, criar um obstáculo ao acesso do divórcio, não por vedar essa via aos cônjuges, mas por produzir resultados tão negativos nas suas vidas que os pode fazer hesitar no momento de optar por essa via.

Por tudo isto, e por todo o distanciamento que o tempo nos possibilita, podemos finalmente, e agora sim em verdadeiro jeito de finalização, concluir pelo demérito da reforma operada pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, em todos os aspetos sobre que nos debruçamos nesta investigação. Além da prática legislativa não ter vindo ao encontro dos propósitos que na exposição de motivos do projeto de Lei n.º 509/X se propôs alcançar, provocando uma ampla incoerência legislativa, não veio também, salvo melhor entendimento, ao encontro dos verdadeiros interesses e da nova conceção de família atualmente estabelecida entre nós.

Se da aplicação individual de qualquer das normas por nós estudadas, todas relativas aos efeitos patrimoniais do divórcio, vários foram já os apontamentos que fomos fazendo, não podemos, de facto, terminar sem concluir que, da sua conjunta aplicação, resulta a chave do objeto que preenche a segunda parte do título da nossa exposição: a posição jurídica em que fica o cônjuge mais fragilizado à luz da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro. E quanto a ela, de uma forma tão simples quanto direta, findamos com a certeza de que ao invés do regime configurar uma adequada resposta àquela indubitável fragilidade acaba, no fundo, por ser a fonte da sua multiplicação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AA.VV., *A Vida Exige Nós Reclamamos, Igualdade de Direitos! Participação das Mulheres! : IV Congresso Nacional do Movimento Democrático de Mulheres*, Lisboa, Movimento Democrático de Mulheres, 1993.

AA.VV., *2.ª Bienal de Jurisprudência. Direito da Família*, Centro de Direito da Família, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

APMJ, “Conciliação entre a vida profissional e a vida familiar”, *Associação Portuguesa de Mulheres Juristas*, maio de 2001. <http://www.apmj.pt/images/PDF/pareceres/Concilia%e7%e3o%20Vida%20Familiar%20e%20Profissional.pdf>, consultado a 17-06-2017.

---, “Alterações ao regime jurídico do divórcio”, *Boletim da Ordem dos Advogados. Delegação de Santarém e Conselho Distrital de Évora*, ano 7, n.º 21, 2008, pp. 21-25.

---, “O novo regime jurídico do divórcio”, *Associação Portuguesa de Mulheres Juristas*, setembro de 2008. <http://www.apmj.pt/images/PDF/pareceres/Regime%20Jur%eddico%20do%20Div%fc3rcio.pdf>, consultado a 17-06-2017.

AZEVEDO, Maria Eduarda, “Os direitos e a violência contra as mulheres”, *O Cidadão - Revista Trimestral de Direitos Humanos*, ano 2, n.ºs 7-8, julho-dezembro, 1994, pp. 101-105.

BELEZA, M.ª Leonor Pizarro, “Os Efeitos do Casamento”, in AA.VV., *Reforma do Código Civil*, sob a direção do Conselho Geral do Instituto da Conferência da Ordem dos Advogados, Lisboa, Livraria Petrony, 1981, pp. 91-135.

BELEZA, Teresa Pizarro, *Mulheres, Direito, Crime ou a Perplexidade de Cassandra*, Lisboa, AAFDL, 1993.

---, Teresa Pizarro, “Género e direito: da igualdade ao direito das mulheres”, *Themis - Revista da Faculdade de Direito da UNL*, ano 1, n.º 2, 2000, pp. 35-66.

---, Teresa Pizarro, *Direito das Mulheres e da Igualdade Social. A Construção Jurídica das Relações de Género*, Coimbra, Almedina, 2010.

BOELE-WOELKI, Katharina, *et al.*, *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, Antuérpia-Oxford, Intersentia, 2004.

BOELE-WOELKI, Katharina, “Os princípios do direito da família europeu: os seus objectivos e as suas perspectivas”, *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 3, n.º 5, 2006, pp. 5-17.

---, “A Harmonização do Direito da Família na Europa: uma Comparação Entre a Nova Lei Portuguesa do Divórcio com os Princípios da CEFL sobre Direito da Família Europeu”, in AA.VV., *Nova Lei do Divórcio*, Grupo Parlamentar do Partido Socialista, 2008, pp. 29-47.

BRAMÃO, Alberto, *Casamento e Divórcio*, Lisboa, Livraria Central de Gomes de Carvalho, 1908.

CALHEIROS, Clara, “Igualdade de género no Ministério da Justiça em Portugal: evidências estatísticas de diferenças homem-mulher na satisfação laboral”, *Scientia Iuridica*, tomo LXII, n.º 333, setembro-dezembro, 2013, pp. 569-590

CAMPOS, Diogo Leite de, “A Invenção do Direito Matrimonial. A Institucionalização do Casamento”, Separata do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXII, Coimbra, 1995.

---, Diogo Leite de, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.ª ed. revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, reimpressão da 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 2003.

---, J. J. Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª ed., revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath, “As Alterações Legislativas Familiares Recentes e a Sociedade Portuguesa”, in AA.VV., *Textos de Direito da Família para Francisco*

Pereira Coelho, sob a direção de Guilherme de Oliveira, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 523-551.

CARVALHO, Fidélia Proença de, “O Conceito de Culpa no Divórcio – Crime e Castigo” in AA.VV., *Comemorações dos 35 Anos o Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977. Direito da Família e das Sucessões*, sob direção da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 585-604.

CID, Nuno de Salter, “O Divórcio em Portugal: Antecedentes e 1.ª República”, *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 8, n.º 16, 2011, pp. 19-28.

---, Nuno de Salter, “O Divórcio em Portugal Durante o Estado Novo”, *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 9, n.ºs 16 e 18, 2012, pp.15-35.

CIG, *A Igualdade de Género em Portugal*, Lisboa, Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género, 2007.

---, *Igualdade de Género em Portugal 2013*, Lisboa, Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género, 2014.

COELHO, Clarisse/GAROUPA, Nuno, “Será que a Liberalização do Regime Jurídico do Divórcio Tem Um Efeito Positivo na Taxa de Divórcio? O Caso Português”, *Legislação - Caderno de ciência de legislação*, n.º 36, janeiro-março, 2004, pp. 5-18.

---, Francisco Pereira, “Casamento e Família no Direito Português”, in AA.VV., *Temas de Direito de Família. Ciclo de Conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados*, sob a direção do Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Coimbra, Almedina, 1986, pp. 1-29.

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

COLAÇO, Amadeu, *Novo Regime do Divórcio*, 3ª ed., Coimbra, Almedina 2009.

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

direção da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 17-40.

CORDEIRO, António Menezes, “A Família e a Lei na Primeira Década do Século XXI”, in AA.VV., *A Família e o Direito nos 30 Anos da Exortação Apostólica Familiaris Consortio*, sob a direção da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 145-182.

---, António Menezes, “Divórcio e casamento na I República: questões fraturantes como arma de conquista e de manutenção do poder pessoal?”, *Ordem dos Advogados*. <http://www.oa.pt/upl/%7B8262df14-0c0f-4008-a485-15da3956c828%7D.pdf>, consultado a 17-06-2017.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona, *Direito da Família e das Sucessões*, Suplemento da Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, Lex, 1995.

---, Carlos Pamplona, “Relance Crítico Sobre o Direito de Família Português”, in AA.VV., *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, sob a direção de Guilherme de Oliveira, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 107-130.

---, Carlos Pamplona/PEREIRA, José Silva, *Direito da Família. Tópicos Para Uma Reflexão Crítica*, Lisboa, AAFDL, 2008.

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

---, Eva Dias, “A Eliminação do Divórcio Litigioso por Violação Culposa dos Deveres Conjugais”, in AA.VV., *E Foram Felizes Para Sempre...? Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio. Actas do Congresso de 23, 24, e 25 de Outubro de 2008*, sob a direção de Maria Clara Sottomayor/Maria Teresa Féria de Almeida, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010, pp. 53-80.

---, Eva Dias, “Breves considerações acerca do regime transitório aplicável às relações patrimoniais dos ex-cônjuges entre a dissolução do casamento e a liquidação do património do casal”, *Universidade Portucalense*, ano 2, n.º 13, 2013. http://repositorio.uportu.pt/bitstream/11328/665/1/Eva_Dias_Costa.1.pdf, consultado a 17-06-2017.

CRUZ, Guilherme Braga da, “O problema do regime matrimonial de bens supletivo, no novo Código Civil português (estado actual da questão)”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 53, 1956, pp. 173-204.

---, 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”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 52, 1956, pp. 341-354.

---, Guilherme Braga da, *Obras Esparsas*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 1984.

DAHL, Tove Stang, *O Direito das Mulheres. Uma Introdução à Teoria do Direito Feminista*, trad. de Teresa Pizarro Beleza *et al.*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

DIAS, Cristina M. Araújo, *Compensações Devidas pelo Pagamento de Dívidas do Casal (da Correção do Regime Actual)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

---, Cristina M. Araújo, “Breves Notas sobre o Fundamento das Compensações no Âmbito das Relações Patrimoniais Entre os Cônjuges”, in AA.VV., *Ars Iudicandi - Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, sob a direcção de Figueiredo Dias/Gomes Canotilho/José de Faria Costa, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 207-223.

---, Cristina M. Araújo, *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio. Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro*, Coimbra, Almedina, 2008.

---, Cristina M. Araújo, “O Crédito pela Compensação do Trabalho Doméstico Prestado na Constância do Matrimónio (a Contribuição Consideravelmente Superior de um dos Cônjuges para os Encargos da Vida Familiar – o art. 1676.º do Código Civil)”, in AA.VV., *E Foram Felizes Para Sempre...? Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio. Actas do Congresso de 23, 24, e 25 de Outubro de 2008*, sob a direcção de Maria Clara Sottomayor/Maria Teresa Féria de Almeida, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010, pp. 199-226.

---, Cristina M. Araújo, “A partilha dos bens do casal nos casos de divórcio. A solução do art. 1790.º do Código Civil”, *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 8, n.º 15, 2011, pp. 19-31.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Familia y Derecho*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1984.

EAUBONNE, Françoise d', *As Mulheres Antes do Patriarcado*, Editorial Vega, 1977.

ESPIRITO SANTO, João, “A Imutabilidade dos Regimes de Bens”, in AA.VV., *Comemorações dos 35 Anos o Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977. Direito da Família e das Sucessões*, sob direção da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 459-476.

FÉRIA DE ALMEIDA, Maria Teresa, “Se as mulheres fossem seres humanos”, *Julgar*, n.º 22, janeiro-abril de 2014. <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/01/06-Teresa-F%C3%A9ria.pdf>, consultado a 17-06-2017.

FERREIRA, Vaz, *Commentario á Lei do Divorcio (Decreto de 3 de Novembro de 1910)*, Lisboa, Aillaud/Alves/ Bastos & C.ª Editores, 1910.

FIALHO, António José, “Algumas questões sobre o novo regime jurídico do divórcio”, *Revista do CEJ*, n.º 14, 2010, 2014, pp. 47-120.

GONÇALVES, Luís da Cunha, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, vol. VI, Coimbra, Coimbra Editora, 1932.

---, Luís da Cunha, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, vol. VII, Coimbra, Coimbra Editora, 1933.

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

HÖRSTER, Heinrich Ewald, “Evoluções Legislativas no Direito da Família Depois da Reforma de 1977”, in AA.VV., *Comemorações dos 35 Anos o Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977. Direito da Família e das Sucessões*, sob direção da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 59-74.

LANÇA, Hugo Cunha, “Pinceladas sobre a condição jurídica da mulher quarenta anos depois do 25 de abril: uma análise de antropologia jurídica”, *Data Vénia Revista Jurídica Digital*, ano 2, n.º 3, fevereiro de 2015.

http://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao03/datavenia03_p353-398.pdf, consultado a 17-06-2017.

LARRIBAU-TERNÉYRE, Virginie, “La Réception des Principes de Liberté et d’Égalité en Droit Civil, du Code Civil à Aujourd’hui: un Tableau Impressioniste”, in AA.VV., *Le Droit Privé Français à la Fin du XX^e Siècle*, sob a direção de, Paris, Litec, 2001, pp. 83-108.

LERNER, Gerda, *The Creation of Patriarchy. ‘May Well Be The Most Important Work in Feminist Theory to Appear in our Generation’*. *New Directions for Women*, Oxford, Oxford University Press, 1986.

LIMA, Pires de/VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, vol. IV, reimpressão da 2.^a ed. revista e actualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

LOPES, Virgílio, *Divórcio em Portugal*, Lisboa, Aster, 1978.

MACHADO, João Batista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, reimpressão da 17^a ed., Coimbra, Almedina, 2008.

MARTINS, Alberto, “Prefácio”, in AA.VV., *Nova Lei do Divórcio*, Grupo Parlamentar do Partido Socialista, 2008, pp. 7-10.

MARTINS, Rosa Cândido, “A Morte do Acusamento: Mito ou Realidade?”, in AA.VV., *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, sob a direção de Guilherme de Oliveira, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 219-234.

MATIAS, Carlos, “Da Culpa e da Inexigibilidade de Vida em Comum no Divórcio”, in AA.VV., *Temas de Direito de Família. Ciclo de Conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados*, sob a direção do Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Coimbra, Almedina, 1986, pp. 67-87.

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

MELLO, Roboredo Sampaio e, *Família e Divórcio*, Lisboa, Livraria Clássica Editora, 1996.

MESQUITA, Luiz de, *Projecto de Lei do Divórcio em Portugal*, Lisboa, Guimarães & C.^a Editores, 1910.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E SOLIDARIEDADE SOCIAL, *Sociedade e Trabalho 35*, Lisboa, GEP- Gabinete de Estratégia e Planeamento, 2008.

MIRANDA, Jorge, *Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais*, local, Príncipe Editora Lda., 2006.

MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

MOREIRA, Vital, “A IV revisão constitucional e igualdade de homens e mulheres no exercício de direitos cívicos e políticos (notas sobre o artigo 109. da CRP)”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXIV, 1998, pp. 407-430.

MOTA, Helena, *Os Efeitos Patrimoniais do Casamento em Direito Internacional Privado. Em Especial, o Regime Matrimonial Primário*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

MOTA PINTO, Carlos Alberto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

NETO, Abílio, *Código Civil Anotado*, 18.^a ed. revista e atualizada, Lisboa, Ediforum, 2013.

NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

---, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, reimpressão da 1.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

NÚNCIO, M.^a José da Silveira, *Mulheres em Dupla Jornada. A Conciliação Entre o Trabalho e a Família*, Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2008.

OBSERVATÓRIO PERMANENTE A JUSTIÇA PORTUGUESA DO CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA, “O novo regime jurídico do divórcio em avaliação”, *Direção Geral da Política de Justiça*, setembro de 2013.
<http://www.dgpj.mj.pt/sections/informacao-e-eventos/2011/o-novo-regime->

juridico6156/downloadFile/attachedFile_1_f0/O_novo_regime_juridico_do_divorcio_e_m_avaliacao.pdf?nocache=1297073749.65, consultado a 17-06-2017.

OLIVEIRA, Guilherme de, “«Queremos amar-nos... mas não sabemos como!»”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 133, n.ºs 3911-3912, junho-julho, 2000, pp. 41-47.

---, Guilherme de, *Temas de Direito da Família*, 2.^a ed. aumentada, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

---, Guilherme de, “Dois Numa Só Carne”, *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 2, n.º 3, 2005, pp. 5-12.

---, Guilherme de, “O Regime do Divórcio em Portugal. A Propósito do Novo Projecto Espanhol – Um Caso de “Paralelismo Espontâneo?””, *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 2, n.º 4, 2005, pp. 7-20.

---, Guilherme de, “Linhas Gerais da Reforma do Divórcio”, in AA.VV., *Nova Lei do Divórcio*, Grupo Parlamentar do Partido Socialista, 2008, pp. 49-61.

---, Guilherme de, “Linhas gerais da reforma do divórcio”, *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 5, n.º 10, 2008, pp. 83-89.

---, Guilherme de, “Linhas gerais da reforma do divórcio”, *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 6, n.º 12, 2009, pp. 63-69.

---, Guilherme de, “A Nova Lei do Divórcio”, *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 7, n.º 13, 2010, pp. 5-32.

---, Guilherme de, “Precisamos assim tanto do direito da família? (do “panjurisme” iluminista ao “fragmentarische charakter)””, *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 10, n.º 19, 2013, pp. 5-21.

ONU, *Discriminação Contra as Mulheres: a Convenção e o Comité*, n.º 22, Lisboa, GDDC, 2002.

PAIS DE AMARAL, Jorge Augusto, *Direito da Família e das Sucessões*, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, 2015.

PAIS, Marta Santos, “Direitos humanos: violência contra as mulheres”, *O Cidadão - Revista Trimestral de Direitos Humanos*, ano 2, n.º 7-8, julho-dezembro, 1994, pp. 107-114.

PARKMAN, Allen M., “The ali principles and marital quality”, *Duke Journal of Gender Law & Policy*, vol. VIII, n.º 1, 2001. <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1044&context=djglp>, consultado a 17-06-2017.

PEDRO, Rute Teixeira, “A Partilha do Património Comum do Casal em Caso de Divórcio. Reflexões Sobre a Nova Redação do art. 1790.º do Código Civil”, in AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, sob a direção de José Lebre de Freitas/Rui Pinto Duarte/Assunção Cristas/Vítor Pereira das Neves/Marta Tares de Almeida, vol. III, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 429-474.

PHILIPS, Roderick, *Desfazer o Nó. Breve História do Divórcio*, trad. de Sílvia Matos, Lisboa, Terramar, 1996.

PINHEIRO, Jorge Duarte, “Ideologias e Ilusões no Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais”, in AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, sob a direção de José Lebre de Freitas/Rui Pinto Duarte/Assunção Cristas/Vítor Pereira das Neves/Marta Tavares de Almeida, vol. III, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 474-488.

---, Jorge Duarte, “Perspectivas de Evolução do Direito da Família em Portugal”, in AA.VV., *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, sob a direção de Guilherme de Oliveira, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 347-366.

PITÃO, José António França, “Os Novos Casamentos ou a Crise do Casamento Tradicional no Direito Português”, in AA.VV., *Comemorações dos 35 Anos o Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977. Direito da Família e das Sucessões*, sob direção da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 175-219.

---, José António França, *Sobre o Divórcio (Anotações aos Artigos 1773.º a 1895.º-D do Código Civil)*, Coimbra, Almedina, 1986.

RAMIÃO, Tomé D'Almeida, *O Divórcio e Questões Conexas. Regime Jurídico Atual*, 3.^a ed., revista e aumentada, Lisboa, Quid Iuris, 2011.

REPÚBLICA PORTUGUESA, *Lei do Divórcio Publicada no «Diário do Governo» de 4 de Novembro de 1910*, 9.^a ed., Lisboa, Imprensa Nacional de Lisboa, 1954.

RIBEIRO, M.^a Saldanha Pinto/SAMPAIO, Daniel/PAIS DE AMARAL, Jorge Augusto, *Que divórcio? Aspectos Psicológicos Sociais e Jurídicos*, 2.^a ed., Lisboa, Edições 70, 1992.

ROCHA, Patrícia, “O Divórcio Sem Culpa”, in AA.VV., *Comemorações dos 35 Anos o Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977. Direito da Família e das Sucessões*, sob direção da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 561-584.

ROQUE, Hélder, “Os conceitos jurídicos indeterminados em Direito da Família e a sua integração”, *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 2, n.º 4, 2005, pp. 93-98.

ROSMANINHO, Teresa, “O Conflito Entre Ex-Cônjuges e o Divórcio Emocional”, in AA.VV., *E Foram Felizes Para Sempre...? Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio. Actas do Congresso de 23, 24, e 25 de Outubro de 2008*, sob a direção de Maria Clara Sottomayor/Maria Teresa Féria de Almeida, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010, pp. 309-311.

SÁ CARNEIRO, Francisco Lumbrals, “A Proibição de Dissolução dos Casamentos Canónicos por Divórcio no Novo Código Civil”, Separata da *Revista dos Tribunais*, n.º 1817, Porto, 1966.

SANTOS, Eduardo dos, *Do Divórcio. Suas Causas*, Porto, Elcla Editora, 1994.

---, Eduardo dos, *Direito da Família*, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, 1999.

---, Eduardo dos, *Do Divórcio. Suas Causas, Processo e Efeitos*, 3.^a ed., Lisboa, AAFDL, 2003.

SASSETTI, Rita, *Novo Regime Jurídico do Divórcio e Legislação Complementar Aprovado pela Lei N.º 61/2008, de 31 de Outubro*, 2.^a ed., Lisboa, DisLivro, 2009.

SERPA, Caetano Valadão, “A Linguagem não Sexista”, in AA.VV., *Direitos Humanos e Qualidade de Vida nas Comunidades Falantes do Português nos EUA e Canadá*, sob a direção de Rosa Cassiano, Governo dos Açores/Presidência do Governo/Secretário Regional da Presidência/Direção Regional das Comunidades, 2012, pp. 257-264.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, “A Situação das Mulheres e das Crianças 25 Anos após a Reforma de 1977”, in AA.VV., *Comemorações dos 35 Anos o Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977. Direito da Família e das Sucessões*, sob direção da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 75-174.

---, Maria Clara, “Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio”, in AA.VV., *E Foram Felizes Para Sempre...? Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio. Actas do Congresso de 23, 24, e 25 de Outubro de 2008*, sob a direção de Maria Clara Sottomayor/Maria Teresa Féria de Almeida, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010, pp. 13-52.

---, Maria Clara, “O novo regime jurídico do divórcio e os direitos das mulheres e das crianças”, *Movimento Justiça e Democracia*, 2009. <http://www.mjd.org.pt/conteudos/artigos/o%20novo%20regime%20juridico%20do%20divorcio%20e%20os%20direitos%20das%20mulheres%20e%20das%20criancas%20Maria%20Clara%20Sottomayor.pdf>, consultado a 17-06-2017.

SOUSA, A. da Silva/CÓIAS, João, *Lei do Divórcio Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 1961.

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

---, Miguel Teixeira de, “Do Direito da Família aos Direitos Familiares”, in AA.VV., *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, sob a direção de Guilherme de Oliveira, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 553-572.

TOMÉ, M.^a João Romão Carreiro Vaz, “A Esquecida Conexão Patrimonial entre o Direito da Família e o Direito da Previdência Social”, in AA.VV., *Comemorações dos*

35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977. Direito da Família e das Sucessões, sob direção da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 521-560.

---, M.^a João Romão Carreiro Vaz, “Qualidade de Vida: conciliação entre trabalho e a família”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 1, n.º 1, 2004, pp. 51-64.

---, M.^a João Romão Carreiro Vaz, “Considerações Sobre Alguns Efeitos Patrimoniais do Divórcio na Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro: (in)Adequação às Realidades Familiares do Século XXI?”, in AA.VV., *E Foram Felizes Para Sempre...? Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio. Actas do Congresso de 23, 24, e 25 de Outubro de 2008*, sob a direção de Maria Clara Sottomayor/Maria Teresa Féria de Almeida, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010, pp. 147-198.

---, M.^a João Romão Carreiro Vaz, “Algumas Reflexões Sobre a Obrigação de Compensação e a Obrigação de Alimentos Ente Ex-Conjuges”, in AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Heinrich Ewald Hörster*, sob a direção de Luís Gonçalves/Wladimir Brito/Mário Monte/Gravato Morais/Clara Calheiros/Cristina Dias, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 425-462.

TORRES, Anália, “Nova Lei do Divórcio”, in AA.VV., *Nova Lei do Divórcio*, Grupo Parlamentar do Partido Socialista, 2008, pp. 13-28.

VARELA, Antunes, *Direito da Família*, 5.^a ed. revista, actualizada e completada, Lisboa, Livraria Petrony Lda., 1999.

WALL, Karin/GUERREIRO, Maria das Dores, “A Divisão Familiar do Trabalho”, in AA.VV., *Famílias em Portugal*, sob a direção de Karin Wall, Lisboa, Imprensa de Ciências Sociais, 2005, pp. 303-362.

XAVIER, Rita Lobo, *Limites à Autonomia Privada na Disciplina das Relações Patrimoniais Entre os Cônjuges*, Coimbra, Almedina, 2000.

---, Rita Lobo, *Ensinar Direito da Família*, Porto, Universidade Católica, 2008.

---, Rita Lobo, *Recentes Alterações do Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais. Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro*, Coimbra, Almedina, 2009.

---, Rita Lobo, “Direito ao Divórcio, Direitos Recíprocos dos Cônjuges e Reparação dos Danos Causados: Liberdade Individual e Responsabilidade no Novo Regime do Divórcio”, in AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Heinrich Ewald Hörster*, sob a direção de Luís Gonçalves/Wladimir Brito/Mário Monte/Gravato Morais/Clara Calheiros/Cristina Dias, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 499-514.

---, Rita Lobo, “Regime da Comunhão Geral de Bens e Partilha Subsequente ao Divórcio à Luz do Novo Artigo 1790.º do Código Civil”, in AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, sob direção de Armando Guedes/Helena Brito/Ana Prata/Rui Duarte/Mariana Gouveia, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 525-553.

REFERÊNCIAS JURISPRUDÊNCIAIS

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 7.ª Secção, de 20 de fevereiro de 2014 (Processo n.º 141/10.6TMSTB.E1.S1), relatado pelo Conselheiro Granja da Fonseca, disponível em www.dgsi.pt (<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c112fe9f3f747f5180257c8500576f04?OpenDocument>).

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 287/90 (Processo n.º 309/88), relatado pelo Conselheiro Sousa e Brito, disponível em www.tribunalconstitucional.pt (<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19900287.html?impressao=1>).

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 18 de outubro de 2011 (Processo n.º 1681/09.5TBBCL.G1), relatado por José Manuel Araújo de Barros, disponível em www.dgsi.pt (<http://www.dgsi.pt/JTRG.NSF/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/3a353351120bd52a80257972005194be?OpenDocument>).

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14 de abril de 2011 (Processo n.º 2604/08.4TMLS-B-A.L1-2), relatado por Teresa Albuquerque, disponível em www.cej.mj.pt (<http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/GuiaDivorcioRespParent/anexos/anexo30.pdf>).

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18 de junho de 2013 (Processo n.º 1933/09.4TCLRS-B.L1-1), relatado por Teresa de Sousa Henriques, disponível em <https://blook.pt/caselaw/PT/TRL/283673/?q=relator:%20Teresa%20De%20Sousa>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 27 de outubro de 2016 (Processo 3935/04.8TBSXL-I.L1-2), relatado por Ondina Carmo Alves, disponível em www.dgsi.pt (<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/dffc9287cdda0f548025807200539475?OpenDocument>).

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 24 de novembro de 2016 (Processo n.º 376-14.2TMFUN-A.L1-6), relatado por Maria de Deus Correia. Disponível em www.dgsi.pt (<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/34e5eced48d37ed280258091003eed06?OpenDocument>).

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 16 de março de 2010 (Processo 3275/06.8TBPVZ.P1), relatado por Henrique Antunes, disponível em www.dgsi.pt (<http://www.dgsi.pt/JTRP.NSF/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/a06fc03241472b7280257705005d528f?OpenDocument>).