

# DIVÓRCIO, CESSAÇÃO DA COABITAÇÃO CONJUGAL E CRITÉRIO LEGAL DA PARTILHA

*Por João Espírito Santo(\*)*

*SUMÁRIO:*

**1.** A questão: um caso real. **2.** O divórcio e o segundo Código Civil português: entre 1967 e 1978. **3.** O divórcio e o segundo Código Civil português: entre reformas (1977-2008). **4.** A reforma do direito matrimonial de 2008: (I) o termo das relações patrimoniais entre os cônjuges e (II) o critério legal da partilha.

## **1. A questão: um caso real<sup>(1)</sup>**

**A** e **B** casaram em 1999. Em setembro de 2009, **A** cessou a coabitação com **B**, abandonando a casa de morada de família e fixando domicílio num outro local. Em janeiro de 2011, **A** instaurou ação de divórcio contra **B** com o fundamento do art. 1780.º, *a*), e requereu a fixação da data do início da separação, nos termos e

---

(\*) Professor Auxiliar da Faculdade de Direito de Lisboa. O presente escrito foi elaborado para os *Estudos em homenagem aos Professores João de Castro Mendes e Adelinho da Palma Carlos*.

(<sup>1</sup>) Os preceitos legais citados sem indicação da origem reportam-se ao Código Civil português vigente, exceto se outra integração sistemática resultar implicitamente do contexto discursivo.

para os efeitos do art. 1789.º, n.º 2. A conciliação, tentada pelo juiz nos termos do art. 1779.º, n.º 1, resultou gorada.

**B** apresentou contestação mas não impugnou a alegada falta de coabitação há mais de um ano. O juiz designou data para julgamento. Na data do julgamento os cônjuges aceitaram convolar o divórcio sem consentimento em divórcio por mútuo consentimento. Por essa razão, o julgamento não se efetuou. O tribunal decretou o divórcio por mútuo consentimento.

Em subsequente ação de partilha do património conjugal, **A** veio sustentar que a data da produção dos efeitos do divórcio seria a do trânsito em julgado da decisão que decretou o divórcio. **B**, por seu turno, instaurou incidente visando a demonstração da data do termo da coabitação inicialmente alegada por **A** na ação de divórcio, para os efeitos do art. 1789.º, n.º 2.

## 2. O divórcio e o segundo Código Civil português: entre 1967 e 1978<sup>(2)</sup>

Na versão originária do Código Civil, o divórcio — causa de dissolução do casamento (art. 1789.º) introduzida no direito nacional pelo primeiro ato legislativo promanado do poder republicano, o Decreto n.º 1, de 3 de novembro de 1910<sup>(3/4)</sup> — só era admitido,

---

<sup>(2)</sup> Os anos indicados são os do início de vigência, respetivamente, do Código Civil e do DL n.º 496/77, de 25 de novembro.

<sup>(3)</sup> No primeiro Código Civil português (1867) o casamento era considerado como *contrato perpétuo* (art. 1056.º), só dissolúvel *mortis causa*, pese embora o facto de a relação jurídica matrimonial poder ser modificada *inter vivos* através de separação judicial de pessoas e bens ou de simples separação judicial de bens, tidas legalmente como modalidades de *interrupção da sociedade conjugal* (arts. 1203.º e ss.). O código reconhecia dois institutos de casamento, o católico e o civil (art. 1057.º: *os católicos celebrarão os casamentos pela forma estabelecida na igreja católica. Os que não professarem a religião católica celebrarão o casamento perante o oficial do registo civil, com as condições e pela forma estabelecida na lei civil*), atribuindo ao primeiro efeitos civis [art. 1069.º: *o casamento católico só produz efeitos civis, sendo celebrado em conformidade com as leis canónicas recebidas neste reino, ou por elas reconhecido (...)*].

<sup>(4)</sup> A fonte próxima do Decreto n.º 1 terá sido o projeto de lei do divórcio de Luís de Mesquita, advogado no Porto [cf., entre outros, EDUARDO DOS SANTOS, *Curso de Direito da Família*, Tomo II, Lisboa, 1978-1979, 270, polic.; PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA,

diretamente, com carácter litigioso (art. 1792.º)<sup>(5)</sup> e fundado em causas típicas, exceto no que se reportava à cláusula geral do *facto que ofendesse gravemente a integridade física ou moral do outro cônjuge* (art. 1778.º *ex vi* art. 1792.º), e, ainda assim, nem todos os casamentos eram dissolúveis *inter vivos*. Na verdade, determinava o art. 1790.º serem indissolúveis por divórcio os casamentos católicos celebrados após 1 de agosto de 1940 e, bem assim, os casamentos civis, *quando, a partir dessa data houvesse sido celebrado casamento católico entre os mesmos cônjuges*, no que, aliás, o Estado Português dava execução à Concordata celebrada com a Santa Sé<sup>(6)</sup>, e cerca de vinte anos após a aprovação do DL n.º 30.615, de 25 de junho de 1940, que introduziu no ordenamento nacional o casamento católico com efeitos civis, modificando a emblemática *Lei do Divórcio* da I.ª República: a n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910<sup>(7)</sup>.

Dissolúveis por divórcio seriam apenas os casamentos (exclusivamente) civis, bem como os católicos celebrados antes de 1 de

---

*Código Civil Anotado*, IV, Reimp. (2011) da 2.ª ed. (1992), Coimbra Editora, Coimbra, 521]. Para alguns traços caracterizadores do sistema do divórcio introduzido pelo decreto republicano, cf., entre outros, PATRÍCIA ROCHA, “O divórcio sem culpa”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, AA. VV., I, Coimbra Editora, Coimbra, 567; RITA LOBO XAVIER, “A relação especificada de bens comuns: relevância jurídica da sua apresentação no divórcio por mútuo consentimento”, in *Julgar*, 8, 2009, 13 e 14; JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família contemporâneo*, 3.ª ed., reimp., 2011, 678 e 679.

(5) Art. 1792.º (*Carácter litigioso*), redação originária: “[o] divórcio só pode ser requerido judicialmente por um dos cônjuges com fundamento em algum dos factos referidos no art. 1778.º, ou mediante conversão da separação judicial de pessoas e bens”.

(6) Art. XXII: “[o] Estado Português reconhece efeitos civis aos casamentos celebrados em conformidade com as lei canónicas, desde que a ata do casamento seja transcrita nos competentes registos do estado civil [...]”; art. XXIV: “[e]m harmonia com as propriedades essenciais do casamento católico, entende-se que, pelo próprio facto da celebração do casamento canónico, os cônjuges renunciarão à faculdade civil de requererem o divórcio, que por isso não poderá ser aplicado pelo tribunais civis aos casamentos católicos”. Relativamente aos casamentos indissolúveis por divórcio, não podia, obviamente, ser requerida a conversão de uma prévia separação judicial de pessoas e bens em divórcio (cf. a n. anterior).

(7) É interessante, neste domínio, a leitura da monografia de FILIPE DE AREDE NUNES, *Estado Novo, casamento e Código Civil: contributo para o estudo da história do pensamento político português*, AAFDL, Lisboa, 2011, 161, sobre as condicionantes ideológicas do direito matrimonial nos anteprojetos do Livro do Direito da Família.

agosto de 1940, que, no quadro da realidade sociológica do Portugal de então, se mostravam — prova-se estatisticamente — quase inexpressivos. As causas que lhe serviam de fundamento eram comuns à separação judicial litigiosa de pessoas e bens (arts. 1773.º, 1778.º e 1792.º)<sup>(8)</sup>: (i) o adultério do outro cônjuge; (ii) as práticas anticoncepcionais ou de aberração sexual exercidas contra a vontade do requerente; (iii) a condenação definitiva do outro cônjuge, por crime doloso, em pena de prisão superior a dois anos, qualquer que fosse a natureza desta; (iv) a condenação definitiva pelo crime de lenocínio praticado contra descendente ou irmã do requerente, ou por homicídio doloso, ainda que não consumado, contra o requerente ou qualquer parente deste na linha reta ou até ao terceiro grau da linha colateral; (v) a vida e costumes desonrosos do outro cônjuge; (vi) o abandono completo do lar conjugal por parte do outro cônjuge, por tempo superior a três anos; e, (vii) qualquer outro facto que ofendesse gravemente a integridade física ou moral do requerente. Ainda assim, só justificariam que fosse decretado o divórcio se o juiz entendesse que as circunstâncias do caso não aconselhavam apenas a separação judicial de pessoas e bens (art. 1794.º)<sup>(9)</sup>. Refira-se ainda, e a terminar este ponto, que, sendo aplicável ao divórcio o regime dos arts. 1779.º a 1785.º<sup>(10)</sup>, relativos à separação litigiosa de pessoas e bens, o juiz, se decretasse o divórcio, deveria fixar ainda a culpa do mesmo: apenas de um dos cônjuges ou de ambos, podendo, neste último caso, ser declarado um *principal culpado* (art. 1783.º)<sup>(11)</sup>. Do *estabelecimento* da culpa, exclusiva ou principal, decorria o efeito previsto no art. 1784.º: o cônjuge em questão não podia receber na partilha mais do que receberia se o casamento houvesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos (art. 1784.º)<sup>(12)</sup>, o que, no contexto normativo-sistemático em causa, tinha o significado de uma sanção patrimonial.

---

<sup>(8)</sup> Todos na respetiva redação originária.

<sup>(9)</sup> Redação originária.

<sup>(10)</sup> Todos na respetiva redação originária.

<sup>(11)</sup> Redação originária.

<sup>(12)</sup> Redação originária.

A Revolução de 1974 determinou um novo paradigma constitucional, sendo que a nova Constituição, de 1976, ditaria a necessidade de uma reforma do Código Civil no âmbito da regulação da família, para o harmonizar com o recém erguido princípio constitucional da igualdade dos cônjuges no casamento (art. 36.º, n.º 3)<sup>(13)</sup>, que tornara supervenientemente inconstitucional o princípio civil do poder marital (art. 1674.º)<sup>(14)</sup>, bem como as normas, relativas ao casamento, que pressupunham a hierarquização dos cônjuges *qua tale*<sup>(15)</sup>. Era, portanto, o trilho inicial de uma transição entre paradigmas no direito matrimonial, que viria depois a consolidar-se na reforma do Código Civil de 1977 (DL n.º 496/77, de 25 de novembro), incidindo fundamentalmente sobre os Direitos da Família e das Sucessões<sup>(16)</sup>. Entre estes dois polos cronológicos há exemplos de legislação intercalar que renunciou algumas das opções que viriam depois a constar do Código Civil<sup>(17)</sup>.

A reforma do Código Civil veio, por um lado, confirmar a possibilidade da dissolução por divórcio a todos os casamentos, independentemente de se tratar de casamento civil ou católico, e,

---

(13) *Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos.* A este preceito há que acrescentar o do art. 293.º, que, sob a epígrafe *direito ordinário anterior* determinava, no n.º 1, que o *direito anterior à entrada em vigor da Constituição mantém-se, desde que não seja contrário à Constituição ou aos princípios nela consignados*, e, no n.º 3, que a *adaptação das normas atinentes ao exercício dos direitos, liberdades e garantias consignados na Constituição estará concluída até ao fim da primeira sessão legislativa.*

(14) Redação originária.

(15) Cf., entre outros, JORGE DUARTE PINHEIRO, *O ensino do Direito da Família contemporâneo*, AAFDL, Lisboa, 2008, 51.

(16) Uma interessante retrospectiva sobre os trabalhos da reforma encontra-se em ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO (que presidiu à Comissão encarregada pelo Governo de rever o Código Civil), “A reforma de 1977 do Código Civil”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, AA. VV., I, Coimbra Editora, Coimbra, 17-40, sendo que, nas palavras da A., e por referência ao teor do originário art. 293.º, “[e]mbora se encontrassem, ao longo de todo o Código Civil, muitos preceitos contrários à Constituição ou aos princípios nela consignados, que dele teriam que ser expurgados ou ‘adaptados’ à nova lei fundamental, era sobretudo no domínio do Livro IV (Direito da Família) e no Livro V (Direito das Sucessões) que se detetavam as grandes contradições entre as prescrições aí contidas e os novos princípios trazidos pela Constituição de 1976”.

(17) Sobre os movimentos reformistas verificados, em diversos países, a partir de finais de década de sessenta, JORGE DUARTE PINHEIRO, *O ensino...*, cit., 47 e ss.

por outro lado, admitir o divórcio por mútuo consentimento dos cônjuges, sendo que o regime do divórcio litigioso foi reformulado. Quanto aos casamentos católicos posteriores a 1 de agosto de 1940, a admissibilidade de divórcio implicou, previamente, a modificação da Concordata celebrada com a Santa Sé em 7 de maio de 1940, o que ocorreu em 15 de fevereiro de 1975, com a assinatura de um protocolo adicional à mesma, que alterou a redação do art. XXIV. Sequência interna desse protocolo foi a aprovação do DL n.º 261/75, de 27 de maio (*Diário do Governo* n.º 122, I.ª Série), que alterou a redação do art. 1792.º do Código Civil, do qual, sob a epígrafe de *divórcio litigioso e por mútuo consentimento*, passou a constar que “[o] divórcio pode ser requerido judicialmente por um dos cônjuges com fundamento em algum dos factos referidos no art. 1778.º, ou mediante conversão da separação judicial de pessoas e bens, ou por mútuo consentimento”. No n.º 4 do seu preâmbulo pode ainda ler-se que “[m]ais extensa e profunda alteração se pretende para o direito da família vigente, mas não se quer deixar de imediatamente dar satisfação aos desejos de muitos portugueses verem regularizada a sua situação e a dos filhos, pelo que se legisla já no sentido de permitir o divórcio dos casados catolicamente [...]”.

O divórcio — direto — por mútuo consentimento é, desde então, uma constante no direito português, mas a sua concreta configuração variou nos mais de trinta anos que decorreram desde a reintegração, em 1975, no ordenamento civil. Essa variação tem sido sempre no sentido da eliminação de limites à autonomia privada dos cônjuges quanto à obtenção consentida do divórcio, cujo *levantamento* é manifestação de um *favor matrimonii* que não temos por justificado e de reprovável *paternalismo legislativo*. Na verdade, na formulação do divórcio por mútuo consentimento resultante da reforma de 1977, o mesmo só poderia ser obtido se os cônjuges, concordantes embora na sua obtenção, estivessem casados há mais de três anos (art. 1775.º, n.º 1). Ainda assim, o direito dos cônjuges ao divórcio por mútuo consentimento era de exercício necessariamente judicial, contemplando o respetivo processamento duas conferências: na primeira, que o juiz convocaria se reunidos os requisitos legais para a obtenção do divórcio (designa-

damente, os acordos a que se referia o art. 1775.º, n.º 2), deveria tentar conciliá-los e, se o não conseguisse, adverti-los de que deveriam renovar o pedido de divórcio num prazo não inferior a três meses, legalmente qualificado como *período de reflexão*, e não superior a um ano (art. 1776.º, n.º 1); na segunda, o juiz deveria, de novo, tentar a conciliação dos cônjuges (art. 1777.º); se o não conseguisse e se se tivessem obtido acordos que acautelassem suficientemente os interesses de ambos os cônjuges e dos filhos, seria decretado o divórcio (art. 1778.º).

Quanto à realização da primeira conferência é de salientar que o art. 1420.º, n.º 1, do Código de Processo Civil<sup>(18)</sup> permitia ao juiz que para a mesma convocasse “[p]arentes ou afins dos cônjuges ou quaisquer pessoas em cuja presença veja utilidade”.

Já no que respeita ao divórcio litigioso, resultou da reforma de 1977 que qualquer dos cônjuges poderia requerer o divórcio se o outro violasse culposamente os deveres conjugais [fidelidade, coabitação, cooperação e assistência (art. 1672.º)] quando, pela sua gravidade ou reiteração, tal compromettesse a possibilidade da vida em comum (art. 1779.º, n.º 1). Ao que fica dito acresciam os fundamentos de divórcio litigioso previstos no art. 1781.º: (i) separação de facto por seis anos consecutivos; (ii) ausência, sem que do ausente houvesse notícias, por tempo não inferior a quatro anos; (iii) alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando durasse há mais de seis anos e, pela sua gravidade, compromettesse a possibilidade de vida em comum.

Abandonou-se, assim, no divórcio litigioso, o sistema puro da *sanção*, para as causas que se elencavam no art. 1778.º (redação originária), a partir do instituto da separação judicial de pessoas e bens [art. 1778.º (redação originária)], para o centrar, por uma via, numa combinação de duas cláusulas gerais (i) *violação culposa de deveres conjugais* (ii) que, *por razões de gravidade ou de reiteração, comprometa a possibilidade da vida em comum*, a meio caminho entre o *divórcio-sanção* e a conceção do chamado *divórcio-rutura* e, por outra via, na criação de uma tipologia de causas *não*

---

(18) Redação do DL n.º 513-X/79, de 27 de dezembro.

*culposas* de divórcio (art. 1781.º), correspondente à conceção do chamado *divórcio-remédio*<sup>(19)</sup>.

### 3. O divórcio e o segundo Código Civil português: entre reformas (1977-2008)

O direito matrimonial português relativo ao divórcio sofreu nova reforma em 2008, produto da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro<sup>(20)</sup>. A qualificação de *reforma* para a alteração legislativa verificada é justa: o novo regime reflete uma valoração geral do instituto diversa da do direito anterior<sup>(21)</sup>.

Não vá sem assinalar-se, contudo, que, entre as duas reformas (1977-2008) se produziram algumas modificações legislativas no regime do divórcio que foram prenunciando o sentido evolutivo atingido em 2008.

Assim, em 1995 (DL n.º 163/95, de 13 de julho) foi modificada a redação do n.º 2 do art. 1773.º, permitindo que o divórcio por mútuo consentimento fosse requerido nas conservatórias do

---

<sup>(19)</sup> Cf., entre outros, JOÃO DE CASTRO MENDES, *O Direito da Família*, AAFDL, 1978/1979, 171; MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *O regime jurídico do divórcio*, Almedina, Coimbra, 1991, 9; CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL/JOSÉ SILVA PEREIRA, *Direito da Família. Tópicos para uma reflexão crítica*, 2.ª ed., AAFDL, Lisboa, 2011, 179; JORGE DUARTE PINHEIRO, *O ensino..., cit.*, 54.

<sup>(20)</sup> Sobre a sua *fonte de inspiração*, os *Princípios de Direito da Família Europeu*, cf. JORGE DUARTE PINHEIRO, “Ideologias e ilusões no regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, III, Almedina, Coimbra, 2011, 485-487.

<sup>(21)</sup> Uma reforma do direito matrimonial, mais amplamente, resultou da posterior — e exígua — Lei n.º 9/2010, de 31 de maio, que, alterando a redação do art. 1577.º do Código Civil (*Noção de casamento*), veio permitir o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Do nosso ponto de vista, tal constituía um imperativo constitucional (art. 13.º, n.º 2, da CRP, após a revisão de 2004) e de cidadania; revemo-nos, pois, na doutrina que, a partir da alteração de 2004 do art. 13.º, n.º 2, da CRP, para nele integrar uma proibição da discriminação entre cidadãos em razão da orientação sexual, clamou pela alteração do art. 1577.º do Código Civil, em razão de inconstitucionalidade superveniente [entre outros, CARLOS PAMPLONA CORTE REAL/ISABEL MOREIRA/LUÍS DUARTE D’ALMEIDA, *O casamento entre pessoas do mesmo sexo, três pareceres sobre a inconstitucionalidade dos arts. 1577.º e 1628.º, alínea e), do Código Civil*, Almedina, Coimbra, 2008, *passim*; PEDRO MÚRIAS, *Um símbolo como bem juridicamente protegido (Parecer)*, disponível em <<http://muriasjuridico.no.sapo.pt/PMuriasParecerCPMS.pdf>> (consultado em 9 de abril de 2013)].



registo civil e decretado por conservador, eliminando-se a segunda conferência antes exigida no processo (exclusivamente) judicial destinado a decretá-lo (revogação do art. 1777.º). Esta alteração do Código Civil surgiu na sequência da aprovação de um novo Código do Registo Civil, pelo DL n.º 131/95, de 6 de junho, que passou a incluir um processo, privativo do registo civil, de divórcio e de separação de pessoas e bens por mútuo consentimento (arts. 271.º a 274.º).

Em 1998 (Lei n.º 47/98, de 10 de agosto) foi eliminado, relativamente ao divórcio por mútuo consentimento, o requisito cronológico de duração do casamento por mais de três anos (art. 1775.º, n.º 1, na redação da reforma de 1977), passando a constar do art. 1775.º, n.º 1, que o divórcio poderia ser requerido pelos cônjuges *a todo o tempo*. Foi ainda alterada a epígrafe do art. 1781.º, passando a ser *rutura da vida em comum*, e tendo-lhe sido acrescentada uma nova alínea *b*), nos termos da qual constituiria causa de divórcio litigioso a separação de facto por um ano, se o mesmo fosse requerido por um dos cônjuges sem a oposição do outro<sup>(22)</sup>.

Em 2001 (DL n.º 272/2001, de 13 de outubro) foi atribuída competência exclusiva às conservatórias de registo civil para decretar o divórcio por mútuo consentimento quando requerido *qua tale* por ambos os cônjuges, preservando-se a competência dos tribunais judiciais para o efeito relativamente aos casos de divórcio por mútuo consentimento que tivessem resultado da convolação de processos de divórcio litigioso.

No domínio do divórcio litigioso, é de assinalar que se não prescindiu da declaração do cônjuge culpado ou principal culpado, se culpa houvesse a imputar quanto à dissolução do casamento (art. 1787.º)<sup>(23/24)</sup>, tendo-se mantido no art. 1790.º<sup>(25)</sup> a regra de

---

<sup>(22)</sup> Sobre o âmbito desta reforma, cf. JORGE DUARTE PINHEIRO, *O ensino...*, cit., 95.

<sup>(23)</sup> Redação do DL n.º 496/77.

<sup>(24)</sup> Imediatamente antes da reforma de 2008, JORGE DUARTE PINHEIRO, *O ensino...*, cit., 97, antecipava ser “[...] natural a evolução para um sistema em que seja abolido o divórcio com fundamento em violação culposa de deveres conjugais [...] e em que seja admissível, sem grandes restrições, a dissolução do vínculo matrimonial por decisão unilateral de um dos cônjuges”.

<sup>(25)</sup> Redação do DL n.º 496/77.

que o cônjuge culpado não poderia receber na partilha mais do que receberia se o casamento houvesse sido celebrado sob o regime da comunhão de adquiridos.

Para os efeitos que aqui interessam, importa ainda considerar que a reforma de 1977 fixou um conjunto de regras novas relativamente ao momento da produção dos efeitos do divórcio: (i) tais efeitos, pessoais e patrimoniais, produzem-se a partir do trânsito em julgado da respetiva sentença, mas retrotraem à data da propositura da ação quanto às relações patrimoniais entre os cônjuges; e, (ii) estando provada no processo a falta de coabitação dos cônjuges, qualquer deles pode requerer que os efeitos do divórcio retrotraiam à data, que a sentença fixará, em que a coabitação tenha cessado por culpa exclusiva ou predominante do outro (art. 1789.º, n.ºs 1 e 2, respetivamente). A retroação dos efeitos patrimoniais do divórcio é, todavia, inoponível a terceiros, que podem prevalecer-se da data do registo da sentença (art. 1789.º, n.º 3).

Este conjunto de regras insere-se numa subsecção — a quarta do Capítulo XII (*Divórcio e separação judicial de pessoas e bens*) do Título II (*Do casamento*) do Livro IV (*Direito da Família*) —, relativa aos efeitos do divórcio, que, na sistematização legal resultante da reforma de 1977, era comum às duas modalidades de divórcio legalmente reconhecidas. Por esse motivo, compreendia-se que a regra do n.º 1 se referisse ao trânsito em julgado da *respetiva sentença*: no quadro dessa reforma, o divórcio, qualquer que fosse a modalidade em causa, só poderia resultar de uma decisão judicial; mal se compreende, porém, que uma tal referência não tenha sido eliminada *qua tale* logo em 1995, quando se admitiu, quanto ao divórcio por mútuo consentimento, que o mesmo pudesse resultar de decisão de conservador do registo civil e menos se compreende que continue a manter-se, mesmo depois da metamorfose do processo de divórcio por mútuo consentimento num procedimento administrativo, da competência das conservatórias do registo civil<sup>(26)</sup>. É certo que o art. 1778.º-A, aditado pelo DL n.º 163/95, de 13 de julho, estabelecia, no n.º 2, que as decisões

---

(26) *Supra*, neste número.

proferidas pelos conservadores, no âmbito da sua competência, produziam os mesmos efeitos das sentenças judiciais sobre divórcio por mútuo consentimento<sup>(27)</sup>, mas tal não colmatava o *defeito material* de que o n.º 1 do art. 1789.º, depois das modificações introduzidas no ordenamento pelo referido DL n.º 163/95, passou a padecer, por *demasiado estreito*.

A regra do n.º 2 do art. 1789.º comporta, na redação da reforma de 1977, um defeito sistemático originário: embora integrada numa subsecção que respeita aos efeitos do divórcio, independentemente da modalidade (litigioso ou por mútuo consentimento, no contexto dessa reforma), tinha o seu âmbito limitado ao divórcio litigioso, uma vez que pressupunha uma aferição de declaração da culpa, exclusiva ou predominante de um dos cônjuges<sup>(28/29)</sup>.

#### **4. A reforma do direito matrimonial de 2008: (I) o termo das relações patrimoniais entre os cônjuges e (II) o critério legal da partilha**

**I** — A reforma do Direito da Família de 2008 (Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro) rompeu com a conceção do *divórcio-sanção*, eliminando o divórcio assente na violação culposa de deveres conjugais, que foi substituído pelo *divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges* (art. 1773.º, n.º 1, na redação dessa lei). O direito nacional conhece hoje, portanto, o divórcio por mútuo consentimento, e o que, sendo litigioso *lato sensu*, não se estriba na culpa de um dos cônjuges: é requerido apenas por um dos cônjuges, contra o outro, fundando-se no *catálogo* de causas do art. 1781.º, a) a c), e na cláusula geral da alínea d), cuja redação atual resulta tam-

---

(27) Atual art. 1776.º, n.º 3 (redação da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro).

(28) *Infra*, 4.

(29) Cf., entre outros, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *O regime jurídico do divórcio*, cit., 105; PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, I, 4.ª ed. (2007; reimp., 2011), Coimbra Editora, Coimbra, 2011, 669 e 670; NUNO DE SALTER CID, “Desentendimentos conjugais e divergências jurisprudenciais”, in *Lex Familiae*, Ano 4, n.º 8 (2007), 5.

bém da Lei n.º 61/2008<sup>(30)</sup>. Na vigente redação do art. 1781.º espelha-se um sistema de divórcio que combina as conceções do *divórcio-constatação*, do *divórcio-rutura* e do *divórcio-remédio*<sup>(31)</sup>.

Neste conspecto podemos, assim, notar que: (i) os factos elencados no art. 1781.º, que antes fundavam o divórcio litigioso, para além da cláusula geral da *violação culposa dos deveres conjugais* (art. 1779.º, n.º 1, na redação do DL n.º 496/77), passaram, *grosso modo*, a constituir fundamentos de *divórcio sem consentimento de um dos cônjuges*; (ii) o elenco desses factos foi alargado com a separação de facto por um ano consecutivo, que antes constituía fundamento de divórcio litigioso, sendo requerido por um dos cônjuges sem oposição do outro<sup>(32/33)</sup>.

Sendo o principal sentido da reforma do direito matrimonial a proscricção da culpa no instituto do divórcio e a conseqüente eliminação de um conjunto normativo significativo da conceção do *divórcio-sanção*, era expectável a eliminação ou, pelo menos, a modificação da regra do n.º 2 do art. 1789.º<sup>(34)</sup>. Assim aconteceu: a regra vigente determina agora que *se a separação de facto entre os cônjuges estiver provada no processo, qualquer deles pode requerer que os efeitos do divórcio retrotraiam à data, que a sentença fixará, em que a separação tenha começado*. Prescindindo da questão da culpa, a conseqüência jurídica mantém-se: fazer retroagir os efeitos patrimoniais do divórcio à data do início da separa-

---

(30) Cf., entre outros, JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família contemporâneo*, cit., 689.

(31) *Idem*, 692.

(32) Tratava-se da norma do art. 1781.º, n.º 1, b), na redação da Lei n.º 47/98, de 10 de agosto; a alínea a) do mesmo artigo, na redação da referida Lei n.º 47/98, determinava constituir fundamento do divórcio *a separação por três anos consecutivos*. Na redação do art. 1781.º resultante da reforma de 1977, este último prazo era de seis anos [sobre os antecedentes da reforma, que podem encontrar-se na legislação posterior à Revolução de 1974, cf. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, IV, cit., 539 (anot. ao art. 1781.º)].

(33) O que seja *separação de facto*, para este efeito, corresponde à noção do art. 1782.º, n.º 1.

(34) Próxima, RITA LOBO XAVIER, *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais. Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro*, Almedina, Coimbra, 2010 (reimp. da edição de 2009), 32.

ção de facto, o que pode ser relevante para efeitos de partilha, v. g., para fundar direitos de crédito de um dos ex-cônjuges sobre a massa patrimonial comum, resultantes do cumprimento integral pelo mesmo de obrigações que, nos termos do n.º 3 do art. 1789.º e do regime de bens de comunhão concretamente aplicável, devam considerar-se comunicáveis.

Aparentemente, ao legislador de 2008 não se suscitaram dúvidas sobre a permanência de um sentido útil para tal solução — uma vez que introduziu no preceito respetivo uma modificação tendente a harmonizá-lo com a nova conceção do divórcio — nem sobre a do art. 1790.º, como de seguida veremos, apesar de a configuração do ordenamento resultante da reforma não compreender já os pressupostos histórico-normativos que estiveram na origem da norma do n.º 2 do art. 1789.º, na redação da reforma de 1977: o *divórcio-sanção* e a culpa, exclusiva ou principal, de um dos cônjuges no divórcio<sup>(35)</sup>.

O que nos propomos avaliar é, pois, se a solução em causa tem um sentido útil no contexto normativo que resultou da reforma de 2008 para o divórcio e, a ser a resposta positiva, qual é o âmbito da mesma relativamente às duas modalidades de divórcio que o ordenamento conhece atualmente.

Antes de 2008, e desde 1977, o direito português conhecia já o divórcio direto por mútuo consentimento — como foi visto —, modalidade que não estava abrangida no âmbito da regra do n.º 2 do art. 1789.º, na redação que para a mesma resultou da reforma de 1977; na verdade, a regra não se circunscrevia expressamente ao divórcio litigioso, uma vez que se fixava na *culpa* relativa à cessação da coabitação e não à culpa imputada pelo próprio divórcio<sup>(36)</sup>. A ligação exclusiva da regra do n.º 2 do art. 1789.º com o divórcio litigioso intuía-se, todavia, da existência de uma *culpa*, conceito

---

<sup>(35)</sup> *Infra*, neste número.

<sup>(36)</sup> Sobre as dificuldades interpretativas colocadas pelo preceito, cf., entre outros, NUNO DE SALTER CID, “Desentendimentos conjugais...”, *cit.* 5 e ss., sustentando a interpretação restritiva do mesmo, que só beneficiaria o cônjuge inocente ou menos culpado no divórcio, mesmo que o outro não fosse o culpado ou principal culpado da separação da cessação da coabitação, com o que se concorda; RITA LOBO XAVIER, *Recentes alterações...*, *cit.*, 32 e 33.

totalmente alheio ao divórcio por mútuo consentimento. Existiam, todavia, motivos técnicos que permitiam explicar a referida circunscrição da regra do n.º 2 do art. 1789.º, que se passam a expor.

No sistema original, resultante da reforma de 1977 do Código Civil, o divórcio por mútuo consentimento teria necessariamente que resultar de uma decisão judicial, proferida no termo de um processo de jurisdição voluntária (arts. 1419.º a 1424.º do Código de Processo Civil, na redação do DL n.º 573-X/79, de 27 de setembro); na introdução de um divórcio por mútuo consentimento com carácter administrativo (DL n.º 163/95, de 13 de julho) preocupou-se o legislador com a determinação do respetivo procedimento, que correspondeu inicialmente ao dos arts. 271.º a 274.º do Código do Registo Civil aprovado pelo DL n.º 131/95, de 6 de junho. Compreensivelmente, tratando-se de uma dissolução do casamento obtido com base no consentimento de ambos os cônjuges, no qual estes não têm que revelar a causa do divórcio (art. 1775.º, n.º 2, na redação do DL n.º 496/77; art. 1773.º, n.º 1, na redação da reforma de 2008), a estrutura processual-civil e procedimental-administrativa nunca comportou um ónus de alegação de factos e de demonstração dos mesmos compatível com a *especificação e o questionário* do processo declarativo, até à reforma de 1995 do Código de Processo Civil (art. 511.º), e, depois dela, dos *factos assentes* e da *base instrutória* (art. 511.º, n.º 2, do Código de Processo Civil, na redação do DL n.º 329-A/95, de 12 de dezembro), dois conjuntos de questões probatórias reportados ao despacho saneador.

Ora, a vigente redação do art. 1789.º, n.º 2, parece, a uma primeira análise, comportar um resultado paralelo ao do divórcio culposo no contexto de um sistema normativo concebido como de *divórcio-sem-o-estigma-da-culpa* e, portanto, como um *corpo estranho* ao mesmo. Na verdade, se a prova da separação de facto no processo, aí referida, for estritamente entendida como o resultado da fixação de um facto provado, constitutivo de um direito para o qual se requer tutela, contra a pretensão, efetiva ou potencial, de uma contraparte, não se compreende a razão da manutenção da regra num contexto normativo que lhe é globalmente antitético.

O enunciado agora constante do art. 1789.º, n.º 2, foi já objeto de pronúncias doutrinárias que, descontada a atribuição de culpa no

divórcio, convergem para uma interpretação paralela à que antes podia fazer-se a partir da sua anterior redação, limitando o seu âmbito ao divórcio litigioso<sup>(37)</sup>, a variante, agora, seria a de que o âmbito da regra se limitaria ao divórcio requerido por um dos cônjuges sem o consentimento do outro; convergência total entre as normas, com ambas as redações, existiria quanto à exclusão do seu âmbito do divórcio por mútuo consentimento<sup>(38)</sup>. Todavia, deve o intérprete questionar-se, criticamente, se o novo contexto normativo global do divórcio não terá tido um influxo no sentido objetivo que deva agora atribuir-se à *reformada* regra do n.º 2 do art. 1789.º.

Repare-se, um dos cônjuges pode ter interesse na retroação dos efeitos patrimoniais do divórcio à data da separação de facto — atente-se no caso atrás apresentado — e, a ser correta a interpretação *convergente* do art. 1789.º, n.º 2, será o mesmo *empurrado* para a modalidade de divórcio *sem o consentimento de um dos cônjuges*, e mais do que isso, forçado a rejeitar a conversão do mesmo em divórcio por mútuo consentimento (art. 1779.º, n.º 2), submetendo a causa de pedir ao escrutínio de um julgamento, porque só essa modalidade de divórcio lhe garantiria a possibilidade de fazer retroagir os efeitos à data da separação de facto [poder-se-ia contra-argumentar aqui que, se o outro cônjuge não se opõe à retroação dos efeitos patrimoniais do divórcio, nada impede que, divorciando-se por mútuo consentimento (eventualmente por conversão de um divórcio que se iniciou por um dos cônjuges sem o consentimento do outro), obtenham os ex-cônjuges um resultado material equivalente através da partilha; é verdade, mas também o é que o cônjuge que tem interesse na retroação e, não obstante isso, consente no divórcio, não tem garantia alguma de que a não oposição do outro à obtenção de um resultado material equivalente à retroação se manterá no momento de efetuar a partilha].

Não cremos que este resultado — que é um *corpo estranho* num sistema legal de divórcio que banuiu a culpa e privilegiou o

---

<sup>(37)</sup> *Supra*, n. 29.

<sup>(38)</sup> RITA LOBO XAVIER, *Recentes alterações...*, cit., 37 e 38; TOMÉ D'ALMEIDA RAMIÃO, *O divórcio e questões conexas. Regime jurídico atual*, 3.ª ed., *Quid iuris?*, Lisboa, 2011, 87.

consenso — tenha sido o pretendido pelo legislador de 2008. É mesmo contraditório com o espírito do sistema.

Há que verificar, assim, se a letra da norma do art. 1789.º, n.º 2, tem elasticidade suficiente para comportar um outro resultado interpretativo. Cremos que a resposta é afirmativa. Na verdade, se ambos os cônjuges, num comum requerimento de divórcio por mútuo consentimento alegarem a separação de facto e a data do seu início, por um lado, e, por outro lado, requererem que os efeitos retroajam a essa data, não vemos razão de monta para que o juiz, na decisão que decreta o divórcio, deixe de fixar essa data. O mesmo se diga, relativamente a um divórcio iniciado por um dos cônjuges sem o consentimento do outro, quando este não conteste a alegação da separação de facto e as partes estejam de acordo quanto à data em que a mesma se iniciou: não havendo risco de desaplicação da regra, não constituirá isso obstáculo à conversão do divórcio à modalidade do mútuo consentimento (art. 1779.º, n.º 2). Cremos que se trata de um resultado interpretativo coerente com as coordenadas de um conjunto normativo que, por um lado, proscreveu a culpa como matriz orientadora do divórcio sem mútuo consentimento e, por outro lado, privilegia o divórcio por mútuo consentimento.

A este resultado interpretativo não constitui obstáculo de monta o uso legislativo da locução *sentença*, sendo que a decisão de um processo de divórcio por mútuo consentimento não configura uma sentença em sentido estrito, mas antes uma *resolução*. Na verdade, de *sentença* pode, corretamente, falar-se em sentido amplo, valendo a expressão por *decisão judicial*, sentido que seria o considerado na interpretação fixada para o preceito; aliás, é esse sentido amplo de *sentença* que comparece no n.º 3 do art. 1789.º, que vem já da reforma de 1977.

Já no que respeita ao divórcio requerido junto de Conservatória do Registo Civil, cremos que a remissão do art. 1776.º, n.º 3, tem amplitude suficiente para abranger a norma do art. 1789.º, n.º 2, desde que, naturalmente, e por se tratar necessariamente de divórcio por mútuo consentimento, ambos os cônjuges aleguem a data do início da separação de facto e requeiram a retroação nos termos daquela norma.



Suscita-se por último, a questão de saber se, não tendo nenhum dos cônjuges requerido a retroação até à decisão final do processo judicial que decreta o divórcio, caduca o respetivo direito, ou se o mesmo pode ainda ser exercido posteriormente à decisão final, provocando, assim, um processamento autónomo. Dividem-se nesta matéria a doutrina e a jurisprudência. Não se tratando de questão que possa aqui ser analisada na amplitude de toda a argumentação de ambas as teses, declaramos a nossa adesão à opinião favorável à possibilidade de o requerimento da retroação dos efeitos ser eficazmente efetuado depois de promanada a decisão que decreta o divórcio<sup>(39)</sup>. Tratando-se de divórcio decretado por conservador do registo civil, não parece que exista meio processual que acoberte essa possibilidade, não sendo para tal suficiente a consideração de ser o Código de Processo Civil subsidiariamente aplicável aos processos privativos do registo civil (art. 231.º do Código do Registo Civil).

**II** — Já foi atrás visto que o legislador português de 1966 associou à culpa de um dos cônjuges no divórcio a consequência de não poder o mesmo receber na partilha mais do que receberia se o casamento houvesse sido celebrado sob o regime da comunhão de adquiridos (art. 1784.º, na versão originária; art. 1790.º, na da reforma de 1977), o que, bem vistas as coisas, constituía uma forma de o fazer perder benefícios que eventualmente pudesse haver adquirido em consequência de o casamento haver sido submetido ao regime típico da comunhão geral ou a um regime atípico com uma comunhão mais intensa do que a que resultaria do regime típico da comunhão de adquiridos<sup>(40)</sup>.

Na reforma de 2008 foi modificado o art. 1790.º, que agora conta com uma curiosa formulação: em caso de divórcio, nenhum

---

<sup>(39)</sup> Sobre o assunto veja-se, com ampla indicação de jurisprudência, NUNO DE SALTER CID, “Desentendimentos conjugais...”, *cit.*, 7 e ss. Para uma perspetiva doutrinária adversa à sustentada no texto, cf. TOMÉ D’ALMEIDA RAMIÃO, *O divórcio...*, 87.

<sup>(40)</sup> Cf., entre outros, RUTE TEIXEIRA PEDRO, “A partilha do património comum do casal em caso de divórcio”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, I, Almedina, Coimbra, 2011, 439 e ss.

dos cônjuges pode na partilha receber mais do que se receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos. Percebe-se o que visou o legislador: banido que foi do ordenamento o *divórcio-sanção* não poderia aceitar-se a manutenção de uma solução legal assente na culpa<sup>(41)</sup>. Mas a regra, sendo *cega* quanto a circunstâncias que deveriam ser ponderadas para efeitos de justiça material, é — e na medida em que desconsidera o princípio da força vinculativa dos contratos (art. 406.º, n.º 1) relativamente à escolha pré-nupcial do regime típico da comunhão geral ou de um regime de bens atípico de comunhão mais intensa do que a resultante do regime típico de comunhão de adquiridos (art. 1698.º)<sup>(42)</sup> — um dos mais estranhos resultados da reforma<sup>(43)</sup>.

Lê-se no Projeto de Lei n.º 509/X, com o título “Alterações ao regime jurídico do divórcio” (Grupo Parlamentar do Partido Socialista; 1.4.2008), neste ponto arrimado ao ordenamento alemão, que *em caso de divórcio, a partilha far-se-á como se os cônjuges tivessem estado casados em comunhão de adquiridos, ainda que o regime convencionalizado tivesse sido a comunhão geral, ou um outro regime misto mais próximo da comunhão geral do que da comunhão de adquiridos; a partilha continuará a seguir o regime convencionalizado no caso de dissolução por morte. Segue-se, neste ponto, o direito alemão, que evita que o divórcio se torne um meio de adquirir bens, para além da justa partilha do que se adquiriu com o esforço comum na constância do matrimónio, e que resulta da partilha segundo a comunhão de adquiridos. Abandona-se o regime atual que aproveita o ensejo para premiar um inocente e castigar um culpado.*

---

<sup>(41)</sup> Próxima, RITA LOBO XAVIER, *Recentes alterações...*, cit., 32.

<sup>(42)</sup> Próximas, CRISTINA M. ARAÚJO DIAS, *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio; Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro*, 2.ª ed. Almedina, Coimbra, 2009, 26 e 27, e RITA LOBO XAVIER, *Recentes alterações...*, cit., 33 e 34.

<sup>(43)</sup> Não temos, porém, a regra do n.º 2 do art. 1790.º por injuntiva (nesse sentido, também, RITA LOBO XAVIER, *Recentes alterações...*, cit., 35), mas a que determina o critério da partilha quando exista desacordo entre os cônjuges sobre a questão, pois não vemos por que razão haveria de ser afrontada a sua autonomia privada, se ambos estiverem de acordo quanto à partilha segundo o regime de bens convencionalizado ou nos termos, diversos, em que acordem, nos limites dessa sua autonomia (nesse sentido, também, RITA LOBO XAVIER, *Recentes alterações...*, cit., 35).

O argumento de que o divórcio não deve constituir meio para adquirir bens, sendo apelativo, mas simplista, não resiste a uma análise material. Não cremos que possa ser eficazmente combatido com recurso a contra-argumentação *sucedânea* da culpa<sup>(44)</sup>, que não deixa de se mostrar um resquício de uma conceção de divórcio que a lei já não alberga. É simplista porque assume a solução acolhida como aquela que é justa, na medida em que a partilha *se limita ao que se adquiriu com o esforço comum na constância do matrimónio*, como se tudo o que adquire onerosamente na constância do matrimónio, que é comum por força do regime da comunhão de adquiridos, resultasse de um *esforço comum*... bastando que se avance, para contrariar esse simplismo, o exemplo do produto do trabalho de cada um dos cônjuges, que a lei considera como fazendo parte da comunhão [art. 1724.º, a)].

Ademais, e num plano de *justiça abstrata*, não se compreende porque é que é que o regime convencionado (eventualmente, a comunhão geral) serve como critério de partilha para a dissolução do casamento por morte, mas já não em caso de divórcio. Acaso os herdeiros do cônjuge falecido não merecem a proteção que ao mesmo seria conferida em vida, se se divorciasse?

Dir-se-á sobre o argumento atrás reportado, em suma, que assenta numa ficção de justiça e que a solução legal que fundamenta não tem uma justificação idónea para a postergação da autonomia da vontade dos cônjuges quanto à fixação de um regime de bens que implique comunhão, típico ou atípico<sup>(45)</sup>.

---

<sup>(44)</sup> Nesta linha argumentativa, CRISTINA M. ARAÚJO DIAS, *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio*, cit., 28 e 29.

<sup>(45)</sup> Próximas, CRISTINA M. ARAÚJO DIAS, *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio*, cit., 26-28; RITA LOBO XAVIER, *Recentes alterações...*, cit., 33 e 34; diversamente, elogiando a solução legal, RUTE TEIXEIRA PEDRO, "A partilha do património comum do casal em caso de divórcio", cit., 453: "[...] a partilha segundo o regime da comunhão de adquiridos opera a partilha *mais justa*, por conduzir à partilha *apenas* do produto do esforço conjunto dos cônjuges".