

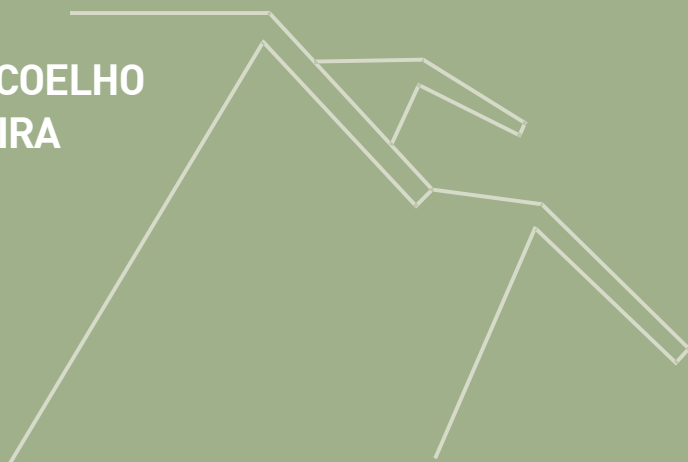
CURSO DE **DIREITO** DA **FAMÍLIA**

**VOLUME I • INTRODUÇÃO
DIREITO MATRIMONIAL**

5ª EDIÇÃO

**FRANCISCO PEREIRA COELHO
GUILHERME DE OLIVEIRA**

IMPrensa DA
UNIVERSIDADE
DE COIMBRA
COIMBRA
UNIVERSITY
PRESS





E N S I N O



EDIÇÃO

Imprensa da Universidade de Coimbra
Email: imprensa@uc.pt
URL: http://www.uc.pt/imprensa_uc
Vendas online: <http://livrariadaimprensa.uc.pt>

COORDENAÇÃO EDITORIAL

Imprensa da Universidade de Coimbra

CONCEÇÃO GRÁFICA

António Barros

INFOGRAFIA

Mickael Silva

EXECUÇÃO GRÁFICA

....

ISBN

978-989-26-1166-2

ISSN Digital

978-989-26-1167-9

DOI

<http://dx.doi.org/10.14195/978-989-26-1167-9>

DEPÓSITO LEGAL

...../16

OBRA PUBLICADA COM O APOIO DE



© ABRIL 2016, IMPRENSA DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

CURSO DE
DIREITO
FAMÍLIA ^{DA}

VOLUME I • INTRODUÇÃO
DIREITO MATRIMONIAL

5ª EDIÇÃO

FRANCISCO PEREIRA COELHO
GUILHERME DE OLIVEIRA

COLABORAÇÃO DE
RUI MOURA RAMOS

IMPrensa DA
UNIVERSIDADE
DE COIMBRA

COIMBRA
UNIVERSITY
PRESS

Versão integral disponível em digitalis.uc.pt

À Esmeralda, onde quer que esteja,
e aos nossos filhos e netos

Para a Helena

NOTA À 5.^a EDIÇÃO

Há muito que devia ter sido atualizado este volume I do *Curso*, cuja 4.^a edição viu a luz em 2008. Desde então foram publicadas algumas leis que modificaram o nosso direito da família – sobretudo a lei do divórcio e das responsabilidades parentais (Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro) e a lei sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo (Lei n.º 9/2010, de 31 de maio).

Em grande parte, o texto continua a ser aquele que o Doutor Francisco Pereira Coelho escreveu – e não é esta a melhor garantia para os leitores? Mas, desta vez, todas as atualizações são da minha autoria e responsabilidade; salvo as que dizem respeito aos “limites à aplicação das regras de direito português”, que continuam a beneficiar da competência do nosso colega Rui Moura Ramos. Entre as alterações (e para além das que resultam das normas legais novas) devo assumir sobretudo a responsabilidade pelas que manifestam uma opinião mais ou menos diversa daquela que costumava encontrar-se neste livro, designadamente quanto à natureza das relações emergentes da união de facto, ao seu acolhimento na Constituição da República, ao significado do “direito a constituir família”, e à “vocação de perpetuidade” do casamento.

O Doutor Francisco Pereira Coelho, em nota à 2.^a edição, de 2001, agradeceu-me o incentivo e a colaboração que tinha permitido salvar da morte o *Curso de Direito da Família*, de 1965. Sinto-me orgulhoso por ter tido alguma responsabilidade, porque aquele livro foi o texto mais importante que eu conheço para o direito da

família, em Portugal. Foi também um exemplo de independência académica, pelas posições que defendeu em favor da liberdade e da igualdade dos cônjuges, que tiveram de esperar por 1977 para terem uma regulamentação compatível com a dignidade da mulher. Esta 5.^a edição – que, por coincidência, marca os 50 anos da obra – mostra a minha vontade de manter vivo o *Curso* e testemunha o gosto que sinto por continuar esta associação tão honrosa.

Para além da extensa e distinta colaboração de Rui Moura Ramos, agradeço os apoios de André Pereira, Francisco Brito Pereira Coelho, Helena Moniz, João Paulo Remédio Marques, Maria José Capelo, Nuno de Salter Cid, Paula Távora Vítor, Rosa Cândido Martins e Sandra Passinhas.

Coimbra, Dezembro de 2015

Guilherme de Oliveira

PREFÁCIO DA 2.^A EDIÇÃO

A 1.^a edição do *Curso de Direito da Família* foi publicada em 1965. Escrita ainda na vigência do Código Civil de 1867 e das leis da família de 1910, começou a desactualizar-se pouco depois, com a entrada em vigor do Código Civil de 1966, e desactualizou-se de novo com a Constituição de 1976, a Reforma do Código Civil de 1977 e a legislação posterior. Continuei a reger a cadeira, com raras interrupções, até à minha aposentação em 1994, e de anos a anos, não sei já quantas vezes, fui desfazendo e refazendo o texto das lições em sucessivas versões policopiadas. A última era de 1986 e ainda vinha a ser utilizada pelos alunos, apesar de grande parte não ser mais que um resumo ou sumário da matéria. A ideia de vir a publicar uma nova edição das lições não me abandonara, mas os anos e o cansaço que eles trazem iam-me convencendo de que já não conseguiria realizar o meu desejo. Afinal, os livros de direito morrem novos e o *Curso* tinha trinta e seis anos. Era uma bonita idade para morrer.

Devo ao Doutor Guilherme de Oliveira o incentivo para retomar as minhas velhas lições de direito da família e, em particular, a disponibilidade para se encarregar de escrever boa parte desta 2.^a edição do livro. Todo o capítulo dos efeitos patrimoniais do casamento (n.^{os} 180-230), que apresenta substanciais inovações e importantes desenvolvimentos em relação às lições de 1986, é praticamente da sua autoria. São também do Doutor Guilherme de Oliveira as reflexões dos n.^{os} 65 e 66 sobre aspectos sociológicos da família e a exposição relativa à obrigação de alimentos como efeito do divórcio (n.^o 283).

Capítulo VIII. Caracteres dos direitos familiares

66. Observações prévias

Várias características, que importa evidenciar, permitem distinguir os direitos familiares dos restantes direitos privados, nomeadamente dos direitos obrigacionais. Referiremos em seguida umas quantas dessas características, que nos parecem as mais significativas.

Antes de o fazermos, porém, convirá lembrar que só temos em vista os direitos familiares *pessoais* na exposição que vai seguir-se. Quanto aos chamados direitos familiares *patrimoniais*, trata-se de relações que são originária e estruturalmente obrigacionais ou reais, e que portanto não podem distinguir-se das relações destes tipos. Se as estudamos no direito da família é só porque, sendo os sujeitos dessas relações, ao mesmo tempo, sujeitos de uma relação familiar, tais relações obrigacionais ou reais são influenciadas no seu regime por essa circunstância, e de tal maneira que perdem — pode dizer-se — a sua autonomia, constituindo-se e desenvolvendo-se na dependência daquela relação de família. Foi uma ideia a que já aludimos atrás, mas em que convém insistir pela sua grande importância. Na verdade, iremos estudar ao longo do curso numerosas relações obrigacionais e reais. No capítulo relativo aos efeitos patrimoniais do casamento, estudaremos, p. ex., o regime das dívidas dos cônjuges entre si e em face de terceiros, os poderes de disposição e de administração dos cônjuges em relação aos bens de cada um deles e aos bens comuns, etc. Ora, não é tudo isto matéria de obrigações e de direitos reais? Sem dúvida; simplesmente, trata-se de obrigações e direitos reais cujo regime é diverso do que seria se não fosse a relação matrimonial a que se encontram subordinados. Veremos, com efeito, que a matéria das dívidas dos cônjuges oferece importantes especialidades em relação ao direito comum das obrigações; que os poderes que integram

os direitos reais dos cônjuges, sobretudo os que recaem sobre bens imóveis, mas não só esses, sofrem importantes limitações; etc. Tudo isto justificará, assim, a orientação tradicional, que é a de estudar, como “direitos familiares patrimoniais”, aquelas relações obrigacionais e reais que se subordinam a relações de família.

Só há pois que tratar aqui dos direitos familiares *pessoais*, e dizíamos que eles revestem várias características que importa referir agora.

67. Os direitos familiares pessoais como poderes funcionais

A primeira, e com certeza a mais importante de todas elas, é que os direitos familiares pessoais não são direitos subjetivos propriamente ditos mas poderes funcionais, poderes-deveres, e como tais irrenunciáveis, indisponíveis, etc.¹⁸².

A contraposição entre *direitos subjetivos* e *poderes funcionais* é muito corrente na literatura jurídica.

Como sabemos, o conceito tradicional de direito subjetivo é este: o direito subjetivo é um poder de exigir de outrem um certo comportamento (direito subjetivo propriamente dito), ou então de produzir certas consequências jurídicas (direito potestativo). É uma noção *estrutural*, em que o direito subjetivo se define como poder. Não se nega que os direitos subjetivos sejam concedidos em vista da satisfação de certos interesses, mas nega-se que o direito e o interesse coincidam ou correspondam um ao outro. Com efeito, e por um lado, há interesses juridicamente protegidos por outros meios (diferentes da atribuição de direitos): a atribuição de direitos subjetivos não é o único processo técnico de que o legislador

¹⁸² Cfr. A. VARELA, *cit.*, p. 75-9. Sobre a natureza dos direitos familiares pessoais, em particular dos direitos “sexuais” à fidelidade e à coabitação como comunhão de leito, cfr. a larga exposição de DUARTE PINHEIRO, *O núcleo infrangível da relação conjugal. Os deveres conjugais sexuais*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 313 s.

se serve para tutelar interesses. Por outro lado, diz-se também, o direito não tem necessariamente de ser exercido em vista do interesse para que foi concedido e na estrita medida desse interesse. O titular do direito *escolhe* livremente o modo do seu exercício; pode exercê-lo *como queira*, em vista da satisfação de qualquer interesse seu, por mais diverso que seja do interesse que a ordem jurídica quis tutelar quando lhe atribuiu o direito.

Pode até não o exercer; o não exercício é ainda um modo de exercício do direito. Como sabemos, é esta uma das justificações tradicionais da imprescritibilidade do direito de propriedade.

A esta doutrina, que é a tradicional, podem fazer-se contudo dois reparos.

Em primeiro lugar, se muitos direitos subjetivos, principalmente os de crédito, se conseguem definir melhor ou pior prescindindo da sua função, já outros, e são cada vez mais numerosos, não podem definir-se satisfatoriamente de um ponto de vista estrutural: justamente a sua *função* é que os define, enquanto é ela que vai determinar o próprio conteúdo do direito. Assim, claramente, os direitos familiares pessoais. Definir, p. ex., as responsabilidades parentais como o poder que tem o pai de exigir certos comportamentos dos filhos, é ficar sem ideia nenhuma acerca do que seja tal direito. Os direitos familiares pessoais são direitos a que não se ajusta a noção tradicional de direito subjetivo. Não são direitos que o seu titular possa exercer *como queira*¹⁸³. Pelo contrário, o seu titular é *obrigado* a exercê-los; e é obrigado a exercê-los *de certo modo*, do modo que for exigido pela função do direito, pelo interesse que ele serve. Os direitos familiares pessoais são irrenunciáveis, intransmissíveis (*inter vivos* e *mortis causa*), e são direitos cujo exercício é controlado objetivamente (legalmente).

¹⁸³ Neste sentido não são direitos *subjetivos* (no sentido de que não são do seu titular, não são coisa sua, coisa que lhe pertença).

Não é esta uma característica exclusiva dos direitos familiares, mas ainda de muitos outros direitos subjetivos. Tratar-se-á, principalmente, de certos direitos que tradicionalmente se integram na teoria da representação legal: os direitos do tutor, do curador, do testamenteiro, do depositário judicial de bens penhorados, etc. Alguns autores italianos utilizam, para explicar estas figuras, o conceito de *ofício*. Ser tutor, ser testamenteiro, ser depositário são ofícios (cargos, funções); os poderes do tutor, do testamenteiro, do depositário, são poderes que integram um ofício. E na verdade estes direitos também são irrenunciáveis, intransmissíveis, e também são direitos cujo exercício não é livre, mas que devem ser exercidos de acordo com a sua função. Como os direitos familiares, assim os direitos do tutor, do testamenteiro, do depositário, etc., são poderes-deveres, poderes funcionais.

Note-se que a afirmação da intransmissibilidade dos direitos familiares pessoais não é inteiramente rigorosa em face das normas que permitem a adoção ou o apadrinhamento civil e, portanto, uma espécie de “transferência” das responsabilidades parentais dos pais naturais para os adotantes ou para os padrinhos.

Em segundo lugar, o que acabamos de expor tende a ser exato, não só em relação aos direitos a que acabamos de referir-nos, mas ainda, em certa medida, em relação a todos os direitos subjetivos, em consequência da teoria do *abuso do direito*. Como se sabe, a teoria está consagrada no art. 334.º, que considera ilegítimo o exercício de um direito quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito: se, nos termos do art. 334.º, o exercício do direito for *abusivo*, a ordem jurídica deverá intervir, para tratar o titular do direito como se *não tivesse direito* ou para o obrigar a *indemnizar* a pessoa prejudicada¹⁸⁴.

Deste segundo reparo, que fizemos à doutrina tradicional, poderia até concluir-se que todos os direitos são hoje, ou tendem a ser, poderes funcionais. Mas, sem dúvida, essa conclusão importaria grande exagero. Um direito de crédito, ou mesmo um direito real, por mais longe que

¹⁸⁴ Só neste 2.º caso a noção de abuso do direito terá autonomia: ANDRADE, *cit.*, p. 65-6.

se vá no sentido da sua funcionalização, nunca poderá equiparar-se a um direito pessoal de família. A verdade é que há direitos subjetivos e direitos subjetivos. O relevo da função do direito é mais nítido nuns casos e mais apagado noutros. Há direitos subjetivos cujo exercício, em princípio, é *livre*, só em caso de flagrante contraste entre o exercício do direito e a sua função intervindo uma reação da ordem jurídica. E há direitos subjetivos que o seu titular deve exercer *de certo modo*, do modo que for exigido pela sua *função*. Para os primeiros podemos guardar a designação tradicional de direitos subjetivos; podemos chamar aos segundos poderes-deveres ou poderes funcionais.

Ora, postas assim as coisas, torna-se manifesto que os direitos familiares cabem, inequivocamente, nesta segunda categoria. São mesmo dos mais característicos poderes funcionais. A sua função — para empregarmos uma conhecida formulação de Enneccerus — é a de favorecer e garantir o cumprimento dos particulares deveres morais que incumbem ao seu titular para com a pessoa contra quem se dirigem. Isto enquanto os direitos de crédito e, em geral, os direitos patrimoniais se destinam a servir — salvos os limites que eventualmente sejam postos pela doutrina do abuso do direito — quaisquer interesses do respetivo titular¹⁸⁵.

68. Fragilidade da garantia

Bibliografia portuguesa

CERDEIRA, Ângela, *Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000; HÖRSTER, H. Ewald, *A respeito de responsabilidade civil dos cônjuges entre si*, in “Scientia Iuridica”, t. 44 (n.os 253-255), p. 113-124; PINHEIRO, J. Duarte, *O núcleo infrangível da comunhão conjugal. Os deveres conjugais sexuais*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 529 s.

¹⁸⁵ Cfr. M. ANDRADE, *cit.*, p. 72.

Segundo a doutrina tradicional, outra característica dos direitos familiares pessoais seria a de que estes teriam uma garantia mais frágil que a dos direitos de crédito, pois não existiria uma *sanção* organizada para o não cumprimento dos deveres respetivos¹⁸⁶. Com efeito, essa sanção não poderia ver-se no divórcio ou na separação de pessoas e bens em si mesmos, nem tão-pouco nos efeitos previstos nos arts. 1790.º e 1791.º CCiv anterior a 2008; e as regras gerais da responsabilidade civil (art. 483.º CCiv) não teriam aplicação à violação dos deveres familiares pessoais, devendo fazer-se, em conformidade, uma interpretação *restritiva* dessas regras gerais.

Na verdade, o divórcio, como a separação de pessoas e bens, não pretendia ser *sanção* contra o não cumprimento dos deveres conjugais, mas *remédio* para uma situação de vida matrimonial intolerável ou, mais exatamente, *constatação da rutura do casamento* (*infra*, n.º 233). Por outro lado, o art. 1790.º só tinha aplicação quando vigorava entre os cônjuges o regime da comunhão geral e, na generalidade dos casos, não havia lugar à aplicação do art. 1791.º por o cônjuge declarado único ou principal culpado não ter recebido qualquer dos “benefícios” aí referidos (*infra*, n.º 257).

Em edição anterior do Curso¹⁸⁷ aceitámos em princípio esta doutrina tradicional, a favor da qual poderia argumentar-se com a já referida atitude de *retraiamento* do legislador em face da família, a qual não resultaria protegida, antes pelo contrário, se se abrissem amplamente aos tribunais as portas do santuário familiar. Admitimos, porém, que o caso tivesse solução diversa se fosse pedido o divórcio ou a separação de pessoas e bens, pois a consideração da essência ética do casamento, a defesa da paz familiar e o propósito de evitar uma excessiva intervenção do Estado na vida da família, razões que poderiam justificar uma interpretação restritiva do art.

¹⁸⁶ Abstraímos aqui, naturalmente, das sanções *penais* estabelecidas nos arts. 247.º e segs. do Código Penal para algumas violações mais graves dos deveres conjugais e parentais.

¹⁸⁷ Ed. de 1965, p. 21.

483.º em termos de nele se não abrangerem os direitos familiares pessoais, essas razões já não tinham peso depois de um dos cônjuges intentar contra o outro uma ação de divórcio ou separação¹⁸⁸.

Pensámos depois, até, que o art. 483.º não excluía a possibilidade de, independentemente de ter sido requerido o divórcio ou a separação de pessoas e bens, se deduzir pedido de indemnização dos danos patrimoniais ou não patrimoniais causados pela violação dos deveres do art. 1672.º — isto embora a situação raramente se verifique, pois mal se imagina que um dos cônjuges não queira divorciar-se nem separar-se e pretenda obter do outro uma indemnização desses danos. Será nesta impossibilidade ou dificuldade *prática* que radicará, de alguma maneira, a *fragilidade* da garantia que assiste aos direitos familiares pessoais. A aplicação das regras da responsabilidade civil à violação dos deveres conjugais no âmbito de uma ação de divórcio ou separação deixou de suscitar dúvidas na jurisprudência, que permitia ao cônjuge pedir o divórcio ou a separação de pessoas e bens, em ação ou reconvenção, e ainda uma indemnização dos danos patrimoniais ou não patrimoniais que tivesse sofrido em consequência das violações dos deveres conjugais invocadas como causas de divórcio ou separação.

A Lei n.º 61/2008 pretendeu esclarecer, no art. 1792.º, que há lugar para o recurso às regras da responsabilidade civil; porém, ao eliminar o divórcio por violação dos deveres conjugais e toda a relevância da culpa, deixou os deveres conjugais sem garantia. A responsabilidade civil que o art. 1792.º menciona é apenas aquela que se funda na violação de direitos absolutos, independentemente da condição de cônjuge do lesante ou do lesado; é, pois, a responsabilidade extracontratual¹⁸⁹.

¹⁸⁸ P. 541-3.

¹⁸⁹ No mesmo sentido C. P. CORTE-REAL e J. Silva PEREIRA, *Direito da Família...*, cit, p. 17-19.

69. Carácter duradouro: os “estados de família”

Uma outra ideia será esta: os direitos ou relações de família são duradouros, em flagrante contraste com as relações obrigacionais, que são em regra transitórias¹⁹⁰. Ideia que não pode exagerar-se, pois é certo que também há relações obrigacionais de longa duração. As relações familiares, de todo o modo, essas são sempre duradouras, e a tal ponto — costuma dizer-se — que geram verdadeiros *estados* da pessoa: o estado de casado, o estado de filho, o estado de parente ou afim, o estado de adotado, etc. Porque assim é, existe nas relações familiares uma grande necessidade de certeza e segurança, ainda maior do que no domínio das relações obrigacionais, o que explica que, como veremos, o casamento, o estabelecimento da maternidade e da paternidade, o divórcio e a separação de pessoas e bens, a reconciliação dos cônjuges separados, a regulação do exercício das responsabilidades parentais, a adoção, etc. sejam objeto de registo civil obrigatório, o qual constitui, em princípio, a única prova legalmente admitida desses atos. E é ainda essa particular necessidade de certeza e segurança que explica que não seja permitido apor ao casamento ou à perfilhação condição ou termo, pois seria intolerável que houvesse dúvidas acerca de estados da pessoa tão importantes como esses.

70. Carácter relativo. Casos em que, excecionalmente, os direitos familiares gozam de proteção absoluta

Note-se ainda que, embora os direitos familiares pessoais sejam *relativos*, por vezes os respetivos estados gozam de proteção *absoluta*, como se mostra, designadamente, nos arts. 495.º, n.º 3,

¹⁹⁰ Cfr. A. VARELA, *cit.*, p. 79-84.

e 496.º, n.º 2, CCiv. No caso de “lesão de que proveio a morte”, os familiares do lesado que lhe podiam exigir alimentos (cfr. art. 2009.º) ou aqueles a quem o lesado os prestava no cumprimento de uma obrigação natural (cfr. art. 402.º) têm direito de pedir ao lesante indemnização dos *danos patrimoniais* sofridos. E os familiares referidos no art. 496.º, n.º 2, podem exigir-lhe indemnização dos *danos não patrimoniais* que a morte do seu familiar lhes causou.

Temos entendido os art. 495.º, n.º 3, e 496.º, n.º 2, como excepcionais; o carácter *relativo* dos direitos familiares pessoais não permite a sua oponibilidade *erga omnes* fora dos casos aí previstos. A favor da responsabilidade do terceiro cúmplice no adultério, cfr., porém, Duarte Pinheiro, *ob. cit.*, p. 714 s., com largo desenvolvimento. Cfr. ainda o ac. da Rel. do Porto de 26.6.2003 (*Col. Jur.* 2003, t. 3, p. 200), que, considerando a mulher *diretamente lesada* em acidente de viação causado por culpa do condutor do veículo e de que resultara a impotência sexual do marido, concedeu à mulher indemnização pelos danos não patrimoniais sofridos. A solução não seria pois excluída pelo art. 496.º, n.º 2, CCiv, que só no caso de *morte* da vítima permite às pessoas *indiretamente* lesadas aí referidas pedir indemnização por danos não patrimoniais. De todo o modo cremos que, quando assim se não entenda e se julgue que só o marido foi *diretamente lesado* e pode pedir indemnização pela impotência sexual de que ficou a padecer, a indemnização que lhe seja atribuída pelo dano não patrimonial daí resultante deverá considerar-se bem comum do casal e não bem próprio do marido nos termos do art. 1733.º, n.º 1, al. *d*), CCiv. Cfr. também o ac. do STJ de 09.08.2009 e ainda o ac. de uniformização de jurisprudência, do STJ, de 01.16.2014.

71. Tipicidade dos direitos familiares

Para terminar, lembraremos só que existe um *numerus clausus* de direitos e negócios familiares, valendo pois aqui princípio idêntico ao que vale nos direitos reais e diverso do que rege quanto aos direitos obrigacionais¹⁹¹. Assim, p. ex., não seria válido o contrato, feito por duas pessoas, em que estas assumissem uma para com a

¹⁹¹ Cfr. A. VARELA, *cit.*, p. 65-7.

outra as obrigações que a lei impõe aos verdadeiros cônjuges mas sem quererem recorrer à forma matrimonial. Como não poderão duas pessoas fazer um contrato, submetido ao regime geral dos contratos, pelo qual uma delas fique na situação de filha, irmã ou sobrinha da outra. Só se admitem aqui determinados negócios ou atos (casamento, perfilhação, adoção, etc.) que a lei revestiu de garantias particulares.

ou em que falte a declaração de vontade dos nubentes ou de um deles (als. *c*) e *d*))²⁴⁰.

Não é porém inexistente, nem sequer anulável, o casamento celebrado perante *funcionário de facto* (art. 1629.º).

Entendendo-se por funcionário de facto aquele que, “sem ter competência funcional para o ato, exercia publicamente as correspondentes funções, salvo se ambos os nubentes, no momento da celebração, conheciam a falta daquela competência” (cfr. também o art. 369.º, n.º 2). Não cabe, pois, na hipótese do art. 1629.º o ato celebrado perante um simples particular que não exercia publicamente a função de oficial público (ac. da Rel. de Coimbra de 3.11.1967, publicado, com anotação de Pires de Lima, na *RLJ*, ano 101.º, p. 183). Note-se que, embora o *casamento* celebrado perante funcionário de facto seja válido, é nulo o respetivo *registo*, por conter a aposição do nome de quem não tinha competência funcional para o fazer (art. 87.º, al. *c*), CRegCiv). Cfr. A. Varela, *Código Civil anotado*, vol. IV, 2.ª ed., p. 161.

129. Regime da inexistência

Quanto ao *regime* da inexistência, basta dizer que o casamento inexistente não produz efeitos — nem mesmo putativos —, e que a inexistência do casamento pode ser invocada a todo o tempo, e por qualquer interessado, independentemente de declaração judicial (art. 1630.º). Isto significa que, ao contrário do que acontece com a anulabilidade do casamento (art. 1632.º), a inexistência pode ser reconhecida por sentença em ação que não seja especialmente intentada para esse fim, pode ser invocada por via de exceção e declarada oficiosamente pelo tribunal. Se, porém, o casamento estiver registado e a inexistência do casamento *não resultar do próprio contexto do registo* (como muitas vezes acontecerá), o registo do casamento não é inexistente (CRegCiv, art. 85.º, n.º 1, al. *a*)), e

²⁴⁰ Não deve confundir-se esta última hipótese com as previstas no art. 1635.º, em que falta a *vontade* de um dos nubentes ou de ambos e o casamento é *anulável*, nos termos dos arts. 1640.º e 1644.º (*supra*, n.º 100).

pode tornar-se necessária uma ação para ilidir a prova resultante do registo (art. 3.º), ação que, não podendo ser de justificação administrativa, pois o registo não é inexistente nem nulo (art. 241.º, n.º 1), terá de ser uma ação de processo ordinário (arts. 233.º, n.º 3, CRegCiv e 546.º, n.º 2, CProcCiv), em que se peça a declaração de inexistência do casamento e, acessoriamente, o cancelamento do registo (art. 91.º, n.º 1, al. b), CRegCiv)²⁴¹.

Subsecção II. Anulabilidade do casamento

130. Casos de anulabilidade

Os casos de anulabilidade são exclusivamente os do art. 1631.º.

O art. 1627.º consagra o princípio *pas de nullité sans texte*, ou seja, o princípio de que, ao contrário do que acontece no direito comum (art. 294.º), não há nulidades tácitas mas só *expressas*, devendo, portanto, considerar-se válidos todos os casamentos relativamente aos quais não se verifique alguma das causas de inexistência ou de anulabilidade *especificadas na lei*. À luz deste princípio fundamental deverão resolver-se as questões de saber, p. ex., se serão válidos os casamentos em que não tenha corrido o processo preliminar, em que a declaração para casamento não contenha algum dos elementos referidos no art. 136.º, n.º 2, CRegCiv ou não seja instruída com os documentos necessários, em que não tenha sido pública a cerimónia da celebração do casamento, etc. *Como a lei não diz que sejam nulos, todos estes casamentos são válidos*.

São anuláveis:

a) Os casamentos contraídos com impedimento dirimente (falta de idade nupcial, demência notória, interdição ou inabilitação por

²⁴¹ Sobre o tema, cfr. A. VARELA, *cit.*, p. 162-3, e, acerca da inexistência superveniente no caso de mudança de sexo, *supra*, n.º 84, e CASTRO MENDES/TEIXEIRA DE SOUSA, *cit.*, p. 183-4.

anomalia psíquica, casamento anterior não dissolvido, parentesco na linha reta, parentesco no 2.º grau da linha colateral, afinidade na linha reta e condenação por homicídio).

b) Os casamentos celebrados com falta de vontade por parte de um ou de ambos os nubentes (incapacidade accidental ou outra causa que determine a falta de consciência do ato, erro acerca da identidade física do outro contraente, coação física e simulação).

c) Os casamentos em que tenha havido vício da vontade juridicamente relevante (erro-vício e coação moral).

d) Os casamentos celebrados sem a presença das testemunhas exigidas por lei.

131. Regime da anulabilidade

O regime da anulabilidade já foi descrito atrás a propósito de cada um destes casos.

De um modo geral, pode dizer-se que a anulabilidade não opera *ipso iure*, não sendo invocável para qualquer efeito, judicial ou extrajudicial, enquanto não for reconhecida por sentença em ação especialmente intentada para esse fim (art. 1632.º); além disso, a ação de anulação só pode ser proposta por certas pessoas (arts. 1639.º-1642.º) e dentro de certos prazos (arts. 1643.º-1646.º), considerando-se sanada a anulabilidade e válido o casamento em determinadas hipóteses (art. 1633.º). Não há aqui um regime idêntico ao da nulidade do direito comum (o que explica que, na terminologia da lei, não existam casamentos “nulos” mas só “anuláveis”), pois a nulidade do direito comum é invocável a todo o tempo, por qualquer interessado, e pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal (art. 286.º). A diferença explica-se pela particular necessidade de certeza e segurança que o casamento

reclama — não só o casamento, como, de resto, a generalidade das relações familiares²⁴².

Não há porém um só, mas *vários* regimes de anulabilidade, como vimos. Varia muito, de caso para caso, o círculo das pessoas que podem intentar a ação de anulação e o prazo dentro do qual lhes é permitido fazê-lo, e a possibilidade de a anulabilidade ser sanada é admitida por lei em alguns casos mas não em outros.

Pode dizer-se que há na lei três tipos ou regimes diferentes de anulabilidade, consoante os interesses em vista dos quais a anulabilidade é estatuída.

I. Há casos em que a lei prescreve a anulabilidade do casamento *no interesse dos cônjuges e suas famílias e também no interesse público*. São os casos de casamento contraído com impedimento dirimente. O círculo das pessoas que podem propor a ação de anulação é aqui muito amplo (de um modo geral, a lei dá legitimidade aos cônjuges e aos seus parentes na linha reta ou até ao 4.º grau da linha colateral, herdeiros e adotantes); por outro lado, como a anulabilidade também é estatuída no interesse público, o Ministério Público pode igualmente intentar a ação.

Há todavia, dentro desta ampla esfera de casos, ainda uma distinção a fazer.

a) De um lado estão os casos em que *o motivo da anulabilidade é temporário*; aqui, admite a lei que a anulabilidade seja sanada e marca um curto prazo, em princípio, para a propositura da ação, ou não permite que a anulação seja requerida depois de o motivo da anulabilidade ter cessado. É o que acontece quando o casamento é contraído com os impedimentos de falta de idade nupcial, demência notória, interdição ou inabilitação por anomalia psíquica e casamento anterior não dissolvido.

²⁴² Cfr. *supra*, n.º 69, e A. VARELA, *cit.*, p. 83.

b) Estão de outro lado os casos em que *o motivo da anulabilidade é permanente*; agora a lei não permite que seja sanada a anulabilidade e esta pode ser arguida em prazo muito mais longo. Inserem-se aqui os casos de o casamento ter sido contraído com os impedimentos de parentesco ou afinidade na linha reta, parentesco no 2.º grau da linha colateral e condenação por homicídio.

Note-se, porém, que no caso de casamento anterior não dissolvido a anulabilidade pode ser sanada mas o prazo para a propositura da ação é virtualmente muito longo (seis meses depois da *dissolução* do casamento). O caso de condenação por homicídio também foge um pouco ao esquema proposto: embora se trate de impedimento permanente e a lei não permita que a anulabilidade seja sanada, marca-se um curto prazo (de três anos a contar da celebração do casamento) para a propositura da ação.

II. Pode também a anulabilidade ser estatuída *só no interesse público*. É o caso de o casamento ser celebrado sem a presença das testemunhas. A ação de anulação só pode ser proposta neste caso pelo Ministério Público.

III. Finalmente, há casos em que a anulabilidade é estatuída *no interesse particular de um dos cônjuges*, e só esse cônjuge pode então requerer a anulação. É o que se passa nos casos de incapacidade accidental ou outra causa que determine a falta de consciência do ato, erro sobre a identidade física do outro cônjuge, coação física, erro-vício e coação moral. A anulação só pode agora ser pedida pelo cônjuge enganado, coato ou cuja vontade faltou, e dentro de prazo muito curto, valendo pois aqui um regime de anulabilidade idêntico ao que vale quanto aos negócios jurídicos em geral.

O caso de *simulação* é de certo modo singular, pois a anulabilidade é aí estatuída, ao mesmo tempo, no interesse dos cônjuges e no das pessoas prejudicadas com o casamento (cfr. art. 1640.º, n.º 1).

Subsecção III. Casamento putativo

132. Noção e razão de ser do instituto

Declarado nulo ou anulado o casamento, os efeitos que este produziu até à data da declaração de nulidade ou da anulação podem manter-se quando certos pressupostos se verifiquem. É o que se chama *casamento putativo*.

Do latim *putare* (julgar, estar convencido). Segundo a etimologia da palavra, casamento putativo seria só, portanto, o que os cônjuges *julgaram* ter contraído validamente. Mas no nosso direito, como vamos ver, o instituto transcende este âmbito, na medida em que os filhos de casamento declarado nulo ou anulado, mesmo no caso de má fé dos seus progenitores (art. 1827.º), se presumem filhos do marido da mãe, nos termos do art. 1826.º, n.º 1.

O instituto está regulado nos arts. 1647.º-1648.º CCiv e a sua justificação é de meridiana clareza.

Na verdade, em face do princípio da retroatividade da declaração de nulidade ou anulação (art. 289.º), ao casamento declarado nulo ou anulado não se deveriam atribuir quaisquer efeitos. A união conjugal haver-se-ia como união de facto e, falecido um dos cônjuges e vindo o casamento a ser declarado nulo ou anulado, o sobrevivente só poderia pretender, eventualmente, a proteção do art. 2020.º e os demais benefícios atribuídos no caso de morte de um dos membros da relação. Os filhos nascidos do casamento ter-se-iam como nascidos fora dele, pelo que não se lhes aplicaria a presunção de paternidade do art. 1826.º, n.º 1. As convenções antenupciais, assim como as doações *si nuptiae sequantur* feitas pelos cônjuges ou por terceiros, caducariam. Nenhum dos cônjuges poderia invocar a maioridade (art. 132.º) ou a nacionalidade que o casamento lhe tivesse feito adquirir. E assim por diante. Tudo seriam conse-

quências desvantajosas, para os cônjuges, para os filhos e até para terceiros. Suponhamos, neste último aspecto, um contrato em que um dos cônjuges tivesse intervindo como administrador de bens comuns ou próprios do outro: uma vez declarado nulo ou anulado o casamento, tal intervenção passaria a ser irregular, o contrato não produziria efeitos e os direitos do terceiro que tivesse contratado com aquele cônjuge ficariam injustamente prejudicados.

O instituto do casamento putativo visa evitar estes inconvenientes.

Em face de uma união conjugal que interessa à sociedade fazer cessar, é preciso, mas basta, que ela *cesse*, não sendo necessário apagar os efeitos jurídicos que produziu no passado, sendo certo que não podem apagar-se os efeitos que *de facto* ela já produziu.

133. Natureza jurídica

A questão da *natureza jurídica* do casamento putativo tem tido várias soluções na doutrina. Há quem fale aqui de uma *ficção* de validade do casamento e quem entenda, de maneira mais realista, que o art. 1647.º constitui *exceção* à regra do art. 289.º Finalmente, uma terceira solução concebe o casamento putativo como *instituição autónoma*. Os efeitos putativos — escreve Pires de Lima, que defendeu esta conceção na monografia já citada — “têm a sua fonte exclusiva, não num ato jurídico, mas numa situação de facto, resultante da errónea convicção da legalidade do vínculo. A lei, portanto, ao dizer que o casamento nulo ou anulável produz os seus efeitos jurídicos, não exprime senão a ideia de que os efeitos a produzir pelo casamento putativo são aqueles que teria produzido o casamento se fosse válido; isto é, a lei determina os efeitos do instituto por um processo indireto, remetendo para os efeitos de uma outra instituição. Mas se a lei atribui, pelo casamento putativo, eficácia a uma materialidade, tornando-a produtora de consequências

jurídicas, é forçoso dar a esse instituto foros de inteira autonomia”. O casamento putativo — conclui Pires de Lima — “é o facto material, que se revela pela aparência dum casamento, e a que a lei atribui efeitos análogos aos desse ato”²⁴³.

134. Pressupostos

A produção de efeitos putativos depende de três *pressupostos*.

a) Em primeiro lugar, é necessária a *existência* do casamento. Se o casamento é inexistente, por se verificar alguma das situações previstas no art. 1628.º, não tem efeitos putativos (art. 1630.º, n.º 1)²⁴⁴.

b) Em segundo lugar, é preciso que o casamento tenha sido *declarado nulo* ou *anulado* (art. 1647.º, n.ºs 1 e 3): a invalidade do casamento não opera *ipso iure* (art. 1632.º) e, enquanto não for reconhecida por sentença em ação especialmente intentada para esse fim, o casamento produz todos os seus efeitos.

Aos casamentos declarados nulos ou anulados parece que devem equiparar-se os casamentos católicos cuja transcrição tenha sido *recusada* (nos termos do art. 174.º, n.º 1, als. d) e e), CRegCiv) ou *declarada nula* por ter sido feita indevidamente (CRegCiv, art. 87.º, al. d)). Em sentido contrário, cfr. A. Varela, *Código Civil anotado*, vol. e ed. cit., p. 205.

c) O terceiro pressuposto é a *boa fé* dos cônjuges ou de algum deles, mas não pode colocar-se no mesmo plano dos anteriores. A boa fé dos cônjuges ou de algum deles é necessária para que o casamento produza efeitos em relação aos cônjuges ou os efeitos favoráveis ao cônjuge de boa fé, e, reflexamente, produza efeitos

²⁴³ *Ob. cit.*, p. 27.

²⁴⁴ Ainda que tenha sido lavrado registo ou transcrição (transcrição putativa), não se lhe pode atribuir qualquer efeito que atinja os pseudo-cônjuges: PIRES DE LIMA, *RLJ*, ano 74.º, p. 360.

em relação a terceiros. A eficácia putativa em relação aos filhos não depende, porém, da boa fé dos cônjuges; como resulta do art. 1827.º, essa eficácia produz-se ainda que ambos tenham contraído o casamento de má fé.

A lei *presume* a boa fé dos cônjuges (art. 1648.º, n.º 3), a qual, em princípio, consiste na *ignorância* desculpável do vício causador da nulidade ou anulabilidade (art. 1648.º, n.º 1). É uma noção subjetiva, mas a lei alarga um pouco esta noção, considerando igualmente de boa fé o cônjuge cujo consentimento tenha sido extorquido por coação: a noção de boa fé é aqui *objetiva* e *moral*. A boa fé dos cônjuges deve existir no momento da celebração do casamento, e só nele: é o que se conclui do próprio art. 1647.º, que dá efeitos putativos ao casamento *contraído* de boa fé. Note-se, por último, que, pertencendo ao direito civil, uma vez declarada a nulidade do casamento católico por um tribunal eclesiástico, regular os efeitos da nulidade e a eventual aplicação do instituto do casamento putativo (*supra*, n.º 81), é da exclusiva competência dos tribunais do Estado o conhecimento judicial da boa fé (art. 1648.º, n.º 2).

135. Efeitos

I) *Princípio geral*

O *princípio geral*, quanto aos efeitos do casamento putativo, enuncia-se assim: mantêm-se para o futuro, até à data do trânsito em julgado da sentença de anulação do casamento civil (art. 1647.º, n.º 1) ou até à do averbamento da sentença do tribunal eclesiástico que declarou a nulidade do casamento católico (art. 1647.º, n.º 3), os efeitos do casamento já produzidos, mas não se produzem novos efeitos. Deste modo, a declaração de nulidade e a anulação só operam *ex nunc* (e não *ex tunc*, como nos negócios jurídicos em

geral), gerando-se, pois, uma situação, se não idêntica, pelo menos muito semelhante à que se verifica no caso de divórcio.

Para um confronto entre as duas situações, Pires de Lima, *ob. cit.*, p. 216. A diferença estaria em que do casamento putativo não poderiam surgir efeitos novos, mesmo quando dependentes apenas da sua existência passada (ao passo que os divorciados seriam considerados para efeitos futuros como tendo sido cônjuges no passado); o casamento reputar-se-ia *dissolvido para o passado, mantendo-se, porém, inválido para o futuro*. Note-se contudo que a distinção formulada nestes termos não se adapta ao disposto no art. 2017.º, o qual, segundo parece, se aplica mesmo que a necessidade de alimentos surja *depois* da declaração de nulidade ou da anulação do casamento.

II) *Efeitos em relação aos cônjuges*

Há que distinguir três situações possíveis.

Se os cônjuges estavam ambos de boa fé, o casamento produz todos os efeitos entre eles até à data da declaração de nulidade ou da anulação (art. 1647.º, n.º 1). P. ex., se *A*, casado com *B*, faleceu, sendo *B* herdeiro de *A*, e depois o casamento entre *A* e *B* é declarado nulo ou anulado, o efeito sucessório já produzido mantém-se. Outra aplicação do princípio: as alienações efetuadas, p. ex., pela mulher sem outorga do marido putativo continuam a ser anuláveis mesmo depois da declaração de nulidade ou da anulação do casamento.

Se só um estava de boa fé, o casamento inválido produz (e produz, naturalmente, em relação a ambos os cônjuges) os efeitos que forem *favoráveis*, concretamente, ao cônjuge de boa fé (art. 1647.º, n.º 2). Aparentemente, p. ex., se *A*, casado com *B*, faleceu, e *B* foi herdeiro de *A*, o efeito sucessório mantém-se se *B* era o cônjuge de boa fé; a convenção antenupcial terá efeitos se o regime estipulado beneficiar o cônjuge de boa fé (cfr. art. 1716.º); etc.

Segundo F Brito Pereira Coelho, merece análise a questão de saber se devem poder produzir-se efeitos putativos que não se produziram se o casamento tivesse terminado por divórcio – p. ex., a partilha segundo a comunhão geral de bens,

1691.º excluía a responsabilização de todos os bens do casal¹⁵⁴ e se tornaria necessário evitar que a proibição fosse defraudada através da constituição de uma sociedade. Mas não é razoável justificar o regime da proibição das sociedades entre cônjuges com dupla responsabilidade ilimitada com um argumento que só tem sentido para o caso minoritário da separação de bens.

Em segundo lugar, não é o momento da responsabilização por dívidas o mais propício para as alterações ilícitas, diretas ou indiretas, dos regimes de bens e dos poderes que a lei distribui imperativamente pelos cônjuges. Estas iniciativas contrárias ao princípio da imutabilidade — para quem o entenda num sentido demasiado amplo — são mais verosímeis no momento da constituição e da dissolução das sociedades e em outros aspectos do seu funcionamento, para além da responsabilidade por dívidas. Assim, pode imaginar-se que se vicie o valor das entradas para que as participações sociais não correspondam ao valor real dos bens que os cônjuges levaram para a sociedade; podem ser estabelecidas cláusulas de repartição de lucros ou sobre as quotas de liquidação que não correspondam às entradas; podem ser tornados próprios rendimentos que deviam ser comuns; na liquidação, podem vir a fazer parte do lote de um cônjuge bens que pertenciam à entrada do outro¹⁵⁵. Podem também ser estipuladas cláusulas sobre poderes de administração que derroguem as regras da lei civil¹⁵⁶. Pode dizer-se que a preocupação do legislador estaria mais na prevenção destas ofensas ao princípio da alteração dos regimes de bens do que na prevenção de um regime de responsabilidade que, embora pesado, era o regime regra previsto para o exercício do comércio.

¹⁵⁴ ANTÓNIO CAEIRO, *ob. cit.*, p. 31.

¹⁵⁵ Exemplos de RITA XAVIER, *Sociedades entre cônjuges*, cit., p. 259-260, e *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, cit., p. 236-7.

¹⁵⁶ ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, cit., p. 434 e 437.

Se pudermos dizer que as preocupações razoáveis do legislador deviam ser estas — mais do que a responsabilidade por dívidas — então é difícil encontrar uma justificação convincente para o art. 8.º, n.º 1, C.S.C. Na verdade, a preocupação desta norma centra-se, justamente, na responsabilidade por dívidas.

Dir-se-á que o interesse do preceito é o de impedir que ambos os cônjuges assumam responsabilidade ilimitada. Mas não se vê como é que esta restrição defende o princípio da imutabilidade. O máximo que se pode dizer é que é menos arriscado para a situação financeira do casal que haja um só com responsabilidade ilimitada... Mas nada garante que este único responsável não seja o mais rico; nem esta cautela tem relevo do ponto de vista do princípio da imutabilidade.

Em suma: se o legislador não se preocupou com as ofensas ao princípio da imutabilidade suscitadas pela constituição, funcionamento e dissolução das sociedades, e que são alheias à responsabilidade por dívidas e são maiores, então devia ter admitido a constituição de sociedades ou a participação nelas, sem restrições. Isto é, devia ter encontrado um modo de revogar, sem mais, os n.º 2 e 3 do art. 1714.º CCiv.

O art. 8.º, n.º 1, C.S.C. afirmou a validade das sociedades entre cônjuges e da participação deles em sociedades com terceiro (com a ressalva da parte final do preceito).

Os autores que dão um sentido muito amplo ao princípio da imutabilidade discutem se esta norma derogou o princípio da imutabilidade no domínio das sociedades comerciais ou se, pelo contrário, é compatível com a sua vigência plena.

ANTUNES VARELA entendia que esta norma significou “uma profunda e significativa derrogação”¹⁵⁷ daquele princípio. Afirma que o legislador ficou “absolutamente insensível aos perigos especiais a que está

¹⁵⁷ *Ob. cit.*, p. 439.

exposto cada um dos cônjuges perante o outro” e “não pôs o menor entrave à constituição de sociedades”. Para este autor, as sociedades comerciais abrem o caminho para os cônjuges poderem mudar “a categoria de certos bens (...) e as regras da sua administração¹⁵⁸.”

Pelo contrário, RITA XAVIER entende que o art. 8.º C.S.C. enunciou “um princípio de validade das sociedades entre cônjuges (em que nenhum, ou apenas um dos cônjuges assuma responsabilidade ilimitada) sob reserva da compatibilidade do seu conteúdo com o respetivo regime matrimonial de bens”. Deixou de haver uma proibição absoluta, cega, de constituição de sociedades, que se baseava, para aquela autora, na presunção de que a constituição de sociedades servia a fraude contra a regra da imutabilidade; mas não deixa de se permitir, hoje, um “exame casuístico dos contratos de sociedade entre os cônjuges, com o objectivo de ajuizar da sua conformidade com o regime de bens (...)”. Serão ainda hoje inválidos os contratos que, apreciados em concreto, mostrem violação do princípio da imutabilidade. Assim, o art. 8.º, n.º 1, seria compatível com a regra da imutabilidade¹⁵⁹.

Estes dois autores partem do mesmo sentido do princípio da imutabilidade (art. 1714.º, n.º 1), dando-lhe o alcance de proibir quer os acordos de alteração direta das convenções e dos regimes de bens, quer os acordos que envolvam alteração indireta das massas patrimoniais e do estatuto patrimonial dos cônjuges, incluindo os poderes de administração que a lei lhes confere. Diferem apenas porque o primeiro via no art. 8.º, n.º 1, C.S.C. uma derrogação pura e simples dos n.º 2 e 3 do art. 1714.º, estabelecendo o regime oposto da permissão das sociedades; enquanto a segunda defende que não se trocou uma proibição das sociedades por uma admissão sem restrições (tirando agora a questão da responsabilidade): con-

¹⁵⁸ *Ob. cit.*, p. 437-8.

¹⁵⁹ *Sociedades entre cônjuges*, cit., p. 264-7.

tinua a ser proibido constituir sociedades que, pelo seu conteúdo, ofendam a regra da imutabilidade.

Partimos de um entendimento diferente do art. 1714.º, n.º 1: apenas se pretendeu proibir a alteração do regime de bens convencionalizado ou fixado por lei na falta de convenção. Se assim for, não estão considerados, neste n.º 1, os negócios que incidem sobre bens concretos. Os negócios concretos entre os cônjuges estão regulados noutras normas, como a do n.º 2 desse preceito, que proibia o contrato de sociedade entre os cônjuges, e a do n.º 3 que permitia, em certos termos, a participação em sociedades com outros sócios. O art. 8.º C.S.C. revogou os n.º 2 e 3 do art. 1714.º, estabeleceu o regime oposto da permissão da constituição de sociedades e da participação em sociedades, com o limite relativo à responsabilidade por dívidas. Estes atos terão sido admitidos em homenagem à iniciativa privada, às necessidades da atividade comercial, à livre organização do capital produtivo, pesem os sacrifícios que estes propósitos tenham de impor ao princípio tradicional da preservação das massas patrimoniais definidas por um regime de bens imutável.

A livre constituição de sociedades e de participação em sociedades (com o único limite da responsabilidade ilimitada de ambos os cônjuges), prevista em nome daqueles interesses, pode significar que se introduzam modificações nas massas patrimoniais do casal; estas modificações não seriam autorizadas, no puro quadro do Direito da Família, fora de um contexto societário. ANTUNES VARELA parecia ter razão quando afirmava que se derogou o princípio da imutabilidade, sobretudo com o sentido amplo que lhe atribuía.

Pode dizer-se, no entanto, que esta liberdade tão ampla pode suscitar prejuízos para credores dos cônjuges que vejam as suas garantias diminuídas pela eventual modificação das massas patrimoniais do casal. Teria sido avisado estabelecer como limite para a livre constituição de sociedades a proteção dos direitos adquiridos por terceiros antes do registo da constituição do novo ente social;

este limite seria mais útil do que a cautela referente à responsabilidade por dívidas, de interesse duvidoso, que ficou estabelecida no art. 8.º, n.º 1, C.S.C.

Foi discutido o problema de saber se a nova lei (art. 8.º C.S.C.) é apenas interpretativa da lei anterior (art. 1714.º, n.º 2 e 3, CCiv) de tal modo que se integre na lei interpretada (art. 13.º, n.º 1, CCiv), aplicando-se às sociedades constituídas no domínio da lei anterior.

Parece difícil que o novo regime, abertamente favorável à constituição de sociedades entre cônjuges, possa ser entendido como a afirmação de um dos sentidos possíveis contidos no art. 1714.º CCiv, de onde emergia, sobretudo, uma clara proibição¹⁶⁰. A diferença entre o regime novo e o anterior não é tão nítida no que toca à participação de cônjuges com outrem, em sociedades; por isso, seria viável defender a natureza interpretativa da lei nova, neste ponto.

A interpretação do n.º 3 do art. 1714.º dividiu a doutrina e a jurisprudência acerca do significado da “participação dos dois cônjuges na mesma sociedade...”. Uma corrente entendeu que “participar significa fazer parte integrante, ter ou tomar parte”¹⁶¹ e, portanto, era irrelevante que se tratasse de uma sociedade apenas com os dois cônjuges ou que nela figurassem outros sócios; além disto, o problema que se queria resolver com a proibição e as suas exceções era o da responsabilidade ilimitada e solidária dos dois cônjuges pelas dívidas sociais — e a solução deste problema não dependia de os cônjuges estarem sozinhos ou acompanhados na sociedade¹⁶².

Mas também se defendeu que era preciso distinguir a situação em que os cônjuges estão sozinhos daquela em que eles participam numa sociedade com outrem, alegando que a sociedade entre os

¹⁶⁰ Sobre este assunto, mais desenvolvidamente, RITA XAVIER, *Sociedades entre cônjuges*, cit., p. 271-6.

¹⁶¹ ANTÓNIO CAEIRO, *Sobre a participação dos cônjuges em sociedades por quotas*, cit., p. 27; VASCO XAVIER e MARIA ÂNGELA COELHO, Ónus da impugnação especificada; sociedade de dois cônjuges e validade das transmissões de partes sociais a ela conducentes, separata da “Rev. Direito e Estudos Sociais”, 10/11 (1984/1985), p. 305-328, p. 323.

¹⁶² RITA XAVIER, *Sociedades entre cônjuges*, cit., p. 252-3.

cônjuges propicia mais as fraudes ao princípio da imutabilidade¹⁶³ — para concluir que o legislador tinha usado a palavra “participação” num sentido restrito, que supunha a presença de outro sócio, para além dos cônjuges. O sentido mais vulgar das palavras, as razões substanciais apontadas, e também a circunstância de o art. 8.º, n.º 1, C.S.C. distinguir bem a constituição de sociedades entre cônjuges da simples participação deles noutra sociedade, parece sugerir que se considerem distintamente as duas hipóteses¹⁶⁴.

Também era disputada a questão de saber se a sociedade por quotas cabia na expressão legal de “sociedade de capitais”, em que os cônjuges podiam participar (art. 1714.º, n.º 3). ANTUNES VARELA, alegando a possibilidade de detenção e exercício de poderes de gerência, pouco fiscalizados, através dos quais um cônjuge poderia lesar o outro, negava que a participação de ambos coubesse na autorização daquela norma¹⁶⁵. ANTÓNIO CAEIRO, pelo contrário, sensível principalmente à limitação da responsabilidade, e negando que o cônjuge não gerente carecesse de uma proteção suficiente, admitia que a sociedade por quotas estivesse entre aquelas em que os cônjuges podiam participar, nos termos do art. 1714.º, n.º 3¹⁶⁶.

II. Sociedades civis

O art. 1714.º, n.º 2 e 3, continua a aplicar-se às sociedades civis, que não estão subordinadas ao art. 8.º, n.º 1, C.S.C.

Quer se entenda que o art. 1714.º, n.º 1, já contém a proibição dos negócios concretos sobre bens que, apreciados em concreto, ofendam o princípio da imutabilidade, quer se entenda, como nós,

¹⁶³ RITA XAVIER, *ob. cit.*, p. 258-261.

¹⁶⁴ Embora a epígrafe do art. 8.º volte a reunir os dois casos sob o termo “participação” e o regime seja idêntico.

¹⁶⁵ *Direito da Família*, cit., p. 436.

¹⁶⁶ *Sobre a participação dos cônjuges em sociedades por quotas*, cit., p. 21-4.

que o citado artigo não se refere a negócios sobre bens concretos e só proíbe novos acordos sobre o regime, sobre os critérios de qualificação dos bens do casal, o que agora importa é que o art. 1714.º, n.º 2, estabelece uma clara proibição da constituição de sociedades entre cônjuges.

A razão, para uns, terá estado no risco de ofensa do princípio da imutabilidade que resultaria da responsabilidade ilimitada e solidária dos cônjuges. Já criticámos esta orientação, acima. Segundo outra corrente, a proibição visou eliminar os ensejos que a constituição de sociedades oferece para alterações da qualificação dos bens do casal e para desvios a outras regras, designadamente sobre o valor das entradas, sobre a natureza dos frutos e sobre quotas de liquidação. Estas alterações são tão naturais no âmbito da constituição de sociedades, quer inocente quer fraudulentamente, que o legislador terá preferido impor uma interdição plena. A justificação parece melhor do que a anterior, como vimos acima. No âmbito das sociedades comerciais, o legislador de 1986 terá entendido que os interesses do comércio e da Economia em geral deviam sobrepor-se às regras do Direito patrimonial da Família e, por isso, o art. 8.º, n.º 1, é bem mais liberal; mas no âmbito das sociedades civis não valem essas razões e a clássica proibição mantém-se em vigor.

178. Doações

As doações entre cônjuges não são admitidas sem reservas em todos os sistemas jurídicos, e compreende-se porquê. As razões que se lhes opõem são as mesmas que justificam, ou podem justificar, que não seja permitido aos cônjuges alterar livremente o seu regime de bens. Por um lado, haverá o receio de que a doação resulte do ascendente ou influência dum dos cônjuges sobre o outro; a comunhão de vida, de um modo geral, e o sentimento

de que os bens doados “ficam na família” podem levar um deles a beneficiar o outro irrefletidamente, tudo com prejuízo da liberdade e espontaneidade do ato. Por outro lado, também os interesses de terceiros, nomeadamente dos credores dos cônjuges, estarão contra a possibilidade de eles fazerem doações um ao outro, transformando bens comuns em bens próprios ou bens próprios em bens comuns. São razões idênticas, como se vê, àquelas com que a imutabilidade das convenções antenupciais costuma justificar-se. E, assim, não se estranha que a atitude do legislador quanto às doações entre cônjuges seja coerente com a que, na respetiva legislação, se tome quanto à imutabilidade ou imutabilidade das convenções antenupciais. Tudo depende do valor que se dê ou não dê ao princípio da imutabilidade, em cada sistema jurídico. Naturalmente, as legislações que têm em menos apreço esse princípio — como a alemã e a suíça — permitem livremente as doações entre cônjuges, que sujeitam ao regime geral das doações. No polo oposto estão aquelas — como a italiana e a espanhola — que proíbem tais doações pura e simplesmente. E entre umas e outras estão as que — como a francesa — permitem as doações entre cônjuges mas as consideram livremente revogáveis como as disposições testamentárias. O nosso legislador segue igualmente esta *via media*, como resulta do art. 1765.º CCiv.

Quanto aos requisitos de fundo e de forma, as doações entre cônjuges não oferecem especialidades a mencionar. Valerão aqui integralmente as regras gerais, como se de vulgares doações se tratasse.

Quanto à capacidade, há a notar porém que o nosso direito contém uma proibição genérica de os cônjuges fazerem doações um ao outro em todos os casos de regime de bens imperativo (art. 1762.º)¹⁶⁷. Deste modo se afasta uma maneira indireta de tornar ou iludir a imposição do regime pela lei.

¹⁶⁷ Ao contrário do regime anterior ao Código de 1966.

Também quanto à forma as doações entre cônjuges se regem pelos princípios das doações em geral (art. 947.º), com duas especialidades. Por um lado, a doação de coisas móveis, mesmo quando acompanhada de tradição, tem de ser reduzida a escrito (art. 1763.º, n.º 1). A verdade é que a tradição, em geral, tem o valor de publicar a transmissão do domínio; e esta função não fica preenchida quando a tradição opera de um cônjuge para outro, dentro de casa¹⁶⁸. Por outro lado, “os cônjuges não podem fazer doações recíprocas no mesmo ato” (art. 1763.º, n.º 2). As razões da proibição são as mesmas que valem para a proibição de testamentos de mão comum (art. 2181.º). Em primeiro lugar, a lei quer preservar a liberdade e espontaneidade da vontade do doador, e tem receio das influências e pressões que entre os codoadores poderiam exercer-se no caso de as doações serem feitas “no mesmo ato”. Em segundo lugar, quer a lei assegurar a livre revogabilidade da doação, e pensa que o facto de as doações serem feitas no mesmo instrumento funda uma aparência de reciprocidade, aparência que se imporá aos próprios cônjuges, em termos de a revogação pôr a cada um deles difíceis problemas de consciência. Cada um dos cônjuges terá compreensíveis escrúpulos em revogar a doação que fez, sabendo que o mesmo instrumento de que ela consta contém uma outra doação de que ele beneficia. Já no caso de as doações serem feitas em instrumentos diferentes aparecerá mais clara ao espírito dos doadores a ideia de que se trata de dois negócios autónomos e independentes entre si. A proibição comporta, porém a exceção do n.º 3 do mesmo artigo. O caso mais vulgar é este: os pais fazem doação aos filhos de determinados bens comuns, com a cláusula de reserva do usufruto desses bens até à morte do último doador. Semelhante reserva do usufruto, embora envolvendo a doação de cada um dos cônjuges

¹⁶⁸ PESSOA JORGE, *Doações para casamento. Doações entre casados*, in *BMJ* n.º 124, 1963, p. 331.

ao outro, no mesmo e único ato, do usufruto dos bens doados para o caso de sobrevivência do donatário, é, pois, inteiramente válida.

As doações entre cônjuges só podem ter por objeto bens presentes, nos termos do regime geral das doações (arts. 942.º, n.º 1, e 1753.º, n.º 2).

Por outro lado, as doações entre cônjuges só podem ter por objeto bens próprios. O regime do Código de Seabra não continha esta restrição; permitia a doação de bens comuns. PESSOA JORGE, ponderando as críticas a esse regime — que permitia a transferência de bens do património comum para o património de um dos cônjuges, com ofensa do princípio da imutabilidade entendido num sentido lato e suscitando “sérios prejuízos para terceiros”¹⁶⁹ — optou por proibir as doações de bens comuns. O que avultou, pois, foi a proteção da integridade do património comum e a consequente defesa dos credores de ambos os cônjuges. A razão de proteção dos credores de ambos os cônjuges, verdadeiramente, não exigia tanto. Em primeiro lugar, o património do cônjuge donatário ainda responderia, embora subsidiariamente, pela dívida; em segundo lugar, aqueles credores ainda poderiam ficar mais garantidos se os bens comuns doados, transformados em bens próprios do donatário, respondessem perante os credores de ambos os cônjuges ao mesmo tempo que os outros bens comuns, num regime que lembraria o disposto no art. 1696.º, n.º 2. Note-se, por último, que a doação de um bem comum a um dos cônjuges era menos prejudicial para os credores de ambos do que a doação a um terceiro, feita pelos dois cônjuges — e a lei não a proíbe.

É certo que também era conhecido o obstáculo que resultava do facto de a doação de um bem comum significar a disposição, por um dos cônjuges, de uma fração do bem comum, em contraste com a ideia de propriedade coletiva, segundo a qual há apenas um direito uno sobre os bens, com dois

¹⁶⁹ PESSOA JORGE, *Doações para casamento. Doações entre casados*, cit., p. 292-3 e 332.

negócio jurídico

— acordos sobre a orientação da vida em comum como negócios jurídicos 403 e segs.

— casamento como negócio jurídico 230 e segs.

normas de conflitos 819

notoriedade da demência 298

nulidade

— do casamento católico 387 e segs.

— da transcrição do casamento católico 394

O

obrigação de alimentos

— adjudicação de certas quantias 783

— alienação do capital 777

— alteração do valor da moeda 780

— alteração dos alimentos fixados 779

— arresto 783

— caução 783

— cessação 785 e segs.

— competência internacional 847

— consignação de rendimentos 783, 784

— crime de violação da obrigação de alimentos 785

— critérios para a fixação do montante 776

— garantia do cumprimento 782 e segs.

— hipoteca judicial 783

— hipoteca legal 783

— impenhorabilidade 782

— indisponibilidade 781

— medida dos alimentos definitivos 774 e segs.

— medida dos alimentos provisórios 773

— pagamento de uma só vez 778

— pagamento em prestações 777

— quem tem direito a pedir 772

— reconhecimento de decisões estrangeiras 851

— união de facto do credor 786

ordem pública internacional 390, 821, 831, 835, 836, 851. 856, 860
Organização das Nações Unidas 814

P

parentesco

- como impedimento matrimonial 305
- contagem 45
- efeitos 46
- limite 44
- noção 43

partilha

- atribuições preferenciais 523
- atribuições preferenciais convencionais para depois do divórcio 523 e segs.
- atribuições preferenciais convencionais durante o casamento 444
- casa de morada da família 522
- compensações (v. compensações)
- contrato-promessa de partilha 524 e segs.
- exclusão do regime de bens adoptado 520, 749
- liquidação do património comum 505
- objecto 504
- operações da partilha 504
- regra da metade 526, 600
- separação dos bens próprios 504

pas de nullité sans texte 356

pensão de sobrevivência

- da pessoa que vivia em união de facto com o beneficiário 105
- do cônjuge do beneficiário 678
- do divorciado ou separado de pessoas e bens 745

pensão por preço de sangue e serviços excepcionais e relevantes prestados ao País 104, 109, 118

perda de benefícios 768 e segs.

perda de direitos sucessórios 767

personalidade jurídica da família 35

pessoa a cargo de outra 117

pessoa criada e sustentada por outra 118

- poderes funcionais 179
- poligamia 244
- prazo internupcial 314 e segs.
- princípio da autonomia da vontade 230, 563, 839
- princípio da conexão mais estreita 842
- princípio de paridade de tratamento 820
- privação do uso dos apelidos do ex-cônjuge 430
- privilegio paulino 803
- procedimento tendente à formação de acordo das partes 429, 430, 671, 759
- processo
 - de alteração do nome 425 e segs.
 - de dispensa de impedimentos 329
 - de divórcio e separação de pessoas e bens litigiosos 738 e segs.
 - de divórcio e de separação de pessoas e bens por mútuo consentimento (administrativo) 702 e segs.
 - de divórcio e de separação de pessoas e bens por mútuo consentimento (judicial) 709 e segs.
 - de impedimento do casamento 329
 - de justificação administrativa 335
 - de justificação judicial 335
 - de publicações 326 e segs.
 - de sanação da anulabilidade do casamento por falta de testemunhas 332
 - de suprimimento de autorização para casamento de menores 312
 - de suprimimento de certidão de registo 327
 - preliminar de casamento 326 e segs.
- promessa de casamento
 - efeitos 227, 248, 251 e segs.
 - natureza jurídica 249
- proteção constitucional
 - da adoção 154
 - da família 154
 - da infância 156
 - da paternidade e da maternidade 156
 - do casamento 132, 238
- Protocolo Adicional à Concordata de 1940 142, 215, 809
- Protocolo da Haia, de 23 de Novembro de 2007, sobre a Lei Aplicável às Obrigações Alimentares 849, 851

prova

- do adultério 412
- ilícita 401

R

recepção

- genérica 380
- individual 379

recepção do direito internacional convencional 814

Recomendações 816

reconciliação

— dos cônjuges separados de pessoas e bens 657, 659, 660, 666, 667, 668, 670

reconhecimento de sentenças eclesiásticas 829

reconhecimento de sentenças estrangeiras 829

reconhecimento de situações jurídicas constituídas no estrangeiro 821

reenvio 821, 851, 860

regalismo 203

regime da comunhão de adquiridos

- aquisição de parte de um bem dividido 620
- autonomia patrimonial 597, 598
- bem adquirido com bens próprios e com bens comuns 618
- bem adquirido por acessão 622
- bem adquirido por contrato aleatório 605
- bem adquirido por contrato-promessa anterior ao casamento 606
- bem adquirido por virtude da titularidade de um bem próprio 622
- bem indiviso 620
- bem próprio por disposição da lei 626
- bem próprio por natureza 626
- bem próprio por vontade dos nubentes 626
- bem sub-rogado no lugar de bem próprio 606 e segs.
- bem sub-rogado no lugar de um bem comum 642
- bem sub-rogado por troca indireta 606
- bens adquiridos por direito próprio anterior 603 e segs.
- bens adquiridos por sucessão ou doação 602

- bens levados para o casamento 601
- frutos 640
- materiais resultantes de demolição ou destruição 623
- natureza jurídica da comunhão 595 e segs.
- prémios de amortização de títulos 624
- presunção de comunicabilidade dos bens móveis 642
- produto do trabalho 638
- quando vigora 595
- recursos geológicos 623
- regra da metade 600
- sub-rogação indireta e aquisição de títulos na Bolsa 615
- sub-rogação indireta e compensação do cônjuge prejudicado 616
- sub-rogação indireta e escrituras de rectificação 609
- sub-rogação indireta e proteção de terceiros 611
- sub-rogação indireta e recusa de intervenção 610
- sub-rogação indireta e segurança da prova 612, 617
- sub-rogação indireta por antecipação 615
- tesouros 623
- títulos adquiridos por direitos de subscrição 624
- títulos adquiridos por incorporação de reservas 624
- regime da comunhão diferida 567
- regime da comunhão geral
 - aplicação supletiva das normas da comunhão de adquiridos 644
 - bens comuns 644
 - bens próprios 644
 - quando vigora 643
- regime da participação nos ganhos 568
- regime da separação
 - bens em compropriedade 646
 - bens próprios 645
 - quando vigora 645
- regime de bens
 - liberdade de escolha 562 e segs.
 - regime imperativo 560 e segs.
 - regime supletivo 564 e segs.
- registered partnerships* 237, 836
- registo civil
 - função 334

- inalterabilidade 335
- modalidades 335
- objecto 334
- rectificação 335
- registo do casamento
 - cancelamento 339
 - falsidade 338
 - inexistência 338
 - menções que deve conter 338
 - nulidade 338
 - omissão 338
 - por averbamento 337, 383
 - por inscrição 335, 337
 - por transcrição 335, 337
 - rectificação 335
 - retroatividade 339

registo das pessoas colectivas religiosas 350

regra de direito internacional privado material 839

Regulamento (CE) n.º 1347/2000 do Conselho de 29.5.2000 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e de regulação do poder paternal em relação aos filhos comuns do casal 833

Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho de 27.11.2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental 833, 852, 857, 860

Regulamento (CE) N.º 4/2009, do Conselho, de 18 de Dezembro de 2008, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares 846

Regulamento (UE) N.º 1259/2010, do Conselho, de 20 de Dezembro de 2010, que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial 858

- relação anterior de responsabilidades parentais 307
- relação entre esposados 112
- relação entre ex-cônjuges 112
- relações familiares 32
- relações parafamiliares 36
- reserva mental 272
- residência da família 414
- responsabilidade civil dos cônjuges entre si 184
- revisão de mérito 835, 851, 860

S

- sacramento do matrimónio 201
- sanatio in radice* 242, 392
- secularização do casamento 175, 201, 203, 242
- segundas núpcias 129, 244, 245, 303, 315, 428, 572, 576, 678, 679, 733, 786
- separação de facto 407, 416, 649, 722, 725, 727, 731
- separação de pessoas e bens
 - competência internacional 857
 - efeitos 663 e segs.
 - modalidades 657
 - natureza 655
 - noção 655
 - por mútuo consentimento 657
 - reconhecimento de sentenças estrangeiras 860
 - separação e divórcio 659
- sidonismo 685
- simples separação judicial de bens 649 e segs.
- simulação parcial 200, 275, 370, 391
- sistema de casamento civil facultativo 206 e segs., 827
- sistema de casamento civil obrigatório 205
- sistema de casamento civil subsidiário 209
- sistema de casamento religioso obrigatório 204
- sistemas plurilegislativos 851, 860
- situações absolutamente internacionais 813
- situações familiares plurilocalizadas 819 e segs.
- situações internas 812
- situações jurídicas claudicantes 827
- situações relativamente internacionais 812
- splitting* 162
- subsídio por morte 65, 90, 105, 116, 117, 167, 678
- sucessão de estatutos 838
- suprimento da autorização para casamento de menores 311
- surdos, mudos e surdos-mudos 262
- suspensão da instância 660

T

tipicidade

- das causas de divórcio e separação de pessoas e bens 246

transcrição

- de assento de casamento católico celebrado em Portugal 376
- de assento de casamento católico celebrado no estrangeiro 347
- de assento de casamento celebrado por portugueses no estrangeiro perante as autoridades locais competentes 348
- de assento de casamento civil sob forma religiosa 351
- natureza jurídica 379

transexualidade 240

transmissão do direito ao arrendamento para habitação por morte do arrendatário

- à pessoa que vivia com ele em economia comum 115
- à pessoa que vivia com ele em união de facto 100
- ao cônjuge 678

Tratado da União Europeia 810

Tratado de Roma 810

Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia 818

tribunais de família e menores 177

turbatio sanguinis 314 e segs.

tutela e curatela 43, 117, 160, 293, 320, 321

U

união de facto

- condições de eficácia 74 e segs.
- constituição da relação 71
- declaração de dissolução 95
- destino da casa de morada da família 93 e segs.
- direitos do sobrevivente 95 e segs.
- e Constituição da República 60 e segs.
- efeitos patrimoniais 82 e segs.
- efeitos pessoais 79 e segs.
- lei aplicável 836
- liberalidades 85

- motivações 58
- noção 56
- prova 71
- relação de família? 64 e segs.
- responsabilidade por dívidas 482
- ruptura 93 e segs.
- transmissão por morte do direito ao arrendamento para habitação 100

União Europeia 817, 818

V

vícios do consentimento

- no casamento católico 370
- no casamento civil 278 e segs.

vida em economia comum 113 e segs.

vínculo matrimonial anterior não dissolvido 301 e segs.