

As implicações patrimoniais do novo regime do divórcio





Subsídios sobre a *gestação, anatomia e fisionomia* da reforma de 2008 operada pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro;



Direito de crédito de compensação (artº 1676º, n.ºs 2 e 3 do Código Civil);



Data da produção dos efeitos do divórcio (artº 1789º, n.º 2);



Novo regime de partilha (artº 1790º);



Perda de benefícios que os cônjuges tenham recebido ou hajam de receber (artº 1791º);



Regime da responsabilidade civil entre (ex-)cônjuges (artº 1792º);



Casa de morada de família (artº 1793º, n.º 3);



O novo paradigma de alimentos entre divorciados e separados judicialmente de pessoas e bens;



Sucessão de leis no tempo e a vigência da Lei n.º 61/2008.

A Genética da Reforma de 2008

Gestação, anatomia e fisiologia da Lei n.º 61/2008, de 31/10:

- 1) projecto de lei n.º 509/X(3ª), de 10/4/2008 (PS);
- 2) anterior projecto de lei 486/X(3ª) (BE);
- 3) AR aprova (PS) o projecto de Lei n.º 509/X em 16 de Abril de 2008 (generalidade) e em 2 de Julho de 2008 (especialidade) = origem Decreto da AR n.º 232/X;
- 4) Em 20/8/2008, o PR vetou do Decreto da AR n.º 232/X e enviou mensagem à AR solicitando nova apreciação do Decreto;
- 5) Em 17 de Setembro de 2008, a AR aprovou o Decreto da AR n.º 245/X;
- 6) PR promulga-o, em 21 de Outubro de 2008 e, em simultâneo, enviou mensagem à AR referente a essa promulgação;
- 7) Em comunicado de 21/10/ 2008, o PR esclarece a promulgação aos Portugueses;
- 8) Em 31/10/2008 foi publicada em Diário da República a Lei n.º 61/2008.

- ❖ cunho ideológico muito vincado da Lei n.º 61/2008:
 - “sentimentalização, individualização e secularização”;
 - “maior liberdade” ;
 - “valorização de uma conjugalidade feliz e conseguida” e centralização do casamento no campo dos afectos;
 - cooperação e apoio efectivos na educação dos filhos;
 - eliminação da culpa como fundamento de divórcio – é o DNA da reforma de 2008;
 - ...

I. Alguns dados factuais estatísticos relevantes que reflectem realidade sociológica portuguesa^[1]:

- **Divórcios** em Portugal: aumentam continuamente desde o início da década de 70 séc. XX (então de 100 casamentos só 0,6% terminavam por divórcio; em **2011** *ratio* foi de **74,2%**);
- Diminuição contínua dos **casamentos** desde os anos 60 do século XX (de 7,8% na década de 60 do séc. XX para 3,4% em 2011);
- Regressos à conjugalidade ou **recasamentos**: a aumentar relevantemente;
- **Divórcios litigiosos**: a diminuir continuamente e com “fuga do núcleo” do litígio do divórcio
- **Em Portugal ainda é muito acentuada a desigualdade entre homem e mulher, em desfavor desta:**
 - taxa de desemprego feminina é tradicionalmente maior do que a masculina (embora nos 2º e 3º trimestres de 2012 se tenha verificado uma ligeira inversão);
 - as mulheres que trabalham ganham, em geral, menos do que os homens e Portugal obtém medíocre classificação na tabela das desigualdades salariais entre mulheres e homens nos 27 Estados-membros;
- Nos países com desenvolvimento humano elevado, as mulheres portuguesas são das que mais tempo trabalham *dentro* e fora do lar comparativamente aos homens.

É também de posse deste quadro fáctico e sociológico, epidermicamente traçado, que devemos interpretar o novo regime jurídico do divórcio, nomeadamente em relação às suas consequências patrimoniais.

II. O dever de contribuir para os encargos da vida familiar e o novo direito de compensação

➤ **Princípio da igualdade entre os cônjuges (a montante e a jusante do casamento, bem como na sua vigência):** dever de ambos os cônjuges contribuírem para os encargos da vida familiar fundada com o casamento (artºs 36º, n.ºs 1, 3 e 5 da CRP, 16º e 26º, n.ºs 2 e 3 da DUDH, 17º e 23º do PIDCP, 10º do PIDESC, 12º da CEDH e 5º do protocolo adicional 7, 9º, 14º, n.º 3 e 24º da CDFUE e artº 1671º do CC).



2ª parte do n.º 1 do artº 16º da DUDH: “Durante o casamento e na altura da sua dissolução, ambos [os cônjuges] têm direitos iguais”.

Realidade fáctica entre nós demonstra que esse anunciado princípio assumido pelo legislador está ainda insuficientemente percorrido na vida real da nossa sociedade.

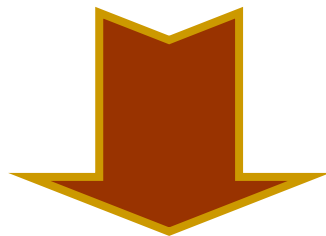
❖ **N.ºs 2 e 3 do artº 1676º**: marcam estruturante e fundamental da reforma de 2008:

1676º, n.º 1: permanece incólume; densifica o dever de assistência durante o casamento, dever que incumbe a ambos os cônjuges [o dever de assistência (que não de alimentos) cessa com a separação judicial de pessoas e bens – artº 1795º-A];

Actual n.º 4 do artº 1676º: constituía o anterior n.º 3; **meio processual adequado**: processo de jurisdição voluntária previsto no artº 1416º Código de Processo Civil; **é direito é exigível na pendência do casamento**; **fundamento: é a recusa de um cônjuge em contribuir para os encargos da vida familiar ou em contribuir em medida superior**; este direito *não se confunde* com o actualmente previsto nos n.ºs 2 e 3 do artº 1676º.

Deveres do casamento: artº 1672º - “Os cônjuges estão reciprocamente vinculados pelos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência.”

. Retenhamos dois deveres: dever de assistência e dever de cooperação



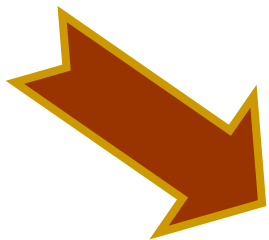
- Podem gerar desequilíbrio ou aumentar o desequilíbrio das prestações dos cônjuges;
- Influem na medida da contribuição de cada cônjuge para a vida conjugal;
- Dever de contribuir para os encargos da vida familiar: *é medido pelo critério das possibilidades e proventos de cada cônjuge*: abrange nomeadamente o **trabalho doméstico** e o **trabalho** dedicado à realização do **projecto educacional** dos **filhos**; trabalho no **lar** e trabalho **profissional** fora do lar conjugal são equiparados para este efeito.

Justa medida da contribuição de cada cônjuge: o seu critério será definido sobretudo à luz das suas capacidades efectivas, pessoais e patrimoniais = **critério de proporcionalidade**.

- **Anterior redacção do n.º 2 do artº 1676º (DL n.º 496/77, de 25/11):**
consagrava presunção *iuris tantum*
- **Novo n.º 2 do artº 1676º (Lei n.º 61/2008, de 31/10): “Se a contribuição de um dos cônjuges para os encargos da vida familiar for consideravelmente superior ao previsto no número anterior, porque renunciou de forma excessiva à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum, designadamente à sua vida profissional, com prejuízos patrimoniais importantes, esse cônjuge tem direito de exigir do outro a correspondente compensação.”**
- **Projecto de lei n.º 509/X com redacção diferente da final do artº 1676º, n.º 2**
- ***Ratio***
- **Direito de crédito compensatório não se confunde com o direito a alimentos entre ex-cônjuges**
- **Compensações v. créditos**

Requisitos *cumulativos* deste direito de crédito de compensação:

- (i) **Contribuição** de um dos cônjuges para os encargos da vida familiar em grau *consideravelmente superior* ao que lhe era exigido por força das suas capacidades no âmbito do dever de contribuição para esses encargos;
- (ii) Que esse cônjuge tenha *renunciado*, de forma *excessiva*, à satisfação dos *seus interesses* em favor da vida em comum, designadamente à sua vida profissional;
- (iii) Que em consequência dessa renúncia esse cônjuge tenha sofrido *prejuízos patrimoniais importantes*.



.duplo nexo de causalidade

- . Dois níveis de problemas de aplicação judiciária desse direito:
 - (i) delimitação do exacto conteúdo e alcance das normas consagradas no artº 1676º, n.ºs 2 e 3 - “**cascata de conceitos indeterminados**” (Rita Lobo Xavier);
 - (ii) e produção e valoração da prova.

É tripla a limitação genética do direito de compensação consagrado:

- medida da contribuição
- natureza e medida da renúncia
- natureza e medida do prejuízo sofrido.



- ❖ *Regra matricial*: não há direito de crédito de compensação pelos contributos desiguais dos cônjuges para os encargos da vida comum, mesmo que alguns sejam excessivos.
- ❖ *Exceção*: esse direito existe se o desequilíbrio da contribuição dos cônjuges se revestir de particular severidade e proporção, se o prejuízo patrimonial for também de especial relevo e se a renúncia do cônjuge “contribuinte” for particularmente relevante.
- ❖ Não impõe uma lógica contabilística, de tostão contado, nem de “contabilidade de migalhas”.

❖ A RENÚNCIA:

- . não prevista no projecto de Lei 509/X
- . é vinculada aos interesses do cônjuge renunciante em *prol* da vida em comum do casal
- . Pode ser expressa, tácita, total, parcial, concausal.

❖ O PREJUÍZO PATRIMONIAL IMPORTANTE:

- Também não previsto no projecto Lei 509/X
- **Dano não patrimonial:** por mais relevante que este seja, não funda direito de crédito compensatório;
- **aferido por uma perspectiva** objectivista ou **subjectivista?**
- **lucro cessante e dano emergente**
- **relações patrimoniais entre os cônjuges cessam (artº 1789º):** à data da proposição da acção (n.º 1); ou data que a sentença fixar como data do início da separação de facto (n.º 2); mas oponibilidade a terceiros só “a partir da data do registo da sentença” que declarar o divórcio (n.º 3).
- É atendível prejuízo patrimonial importante que se *manifeste* apenas em momento posterior à cessação das relações patrimoniais entre os cônjuges e até eventualmente em momento posterior à partilha, mas que é consequência adequada do contributo e renúncia relevantes praticados na vigência do casamento?
- Danos ou prejuízos futuros.

A Medida do crédito compensatório

(“correspondente compensação”)

Três posições são convocáveis:

- (i) a compensação será equivalente ao prejuízo patrimonial importante;**
- (ii) a compensação será idêntica ao excesso *considerável* de contribuição;**
- (iii) a compensação será idêntica ao excesso de contribuição.**

Calcular o prejuízo patrimonial importante:

- ❖ Não poderemos considerar o prejuízo patrimonial como equivalente aritmético do lucro cessante e nesse cálculo temos que introduzir, equitativamente, algumas limitações;
- ❖ Critério da **equidade**;
- ❖ Entre outros **factores** que só a singularidade radical do caso concreto pode revelar, podemos considerar:
 - descontar o valor que esse cônjuge *consigo* gastaria se tivesse auferido os proventos a que renunciou;
 - Os valores que gastaria caso exercesse actividade profissional a que renunciou (p. ex., despesas de deslocação, de alojamento, excesso de custo de alimentação, despesas de aquisição e manutenção de material profissional).
 - o regime de bens do casal («no regime da separação de bens, o valor da “compensação” poderá ter de ser mais elevado, uma vez que não existe participação de ambos os cônjuges no património adquirido pelo esforço comum» (Rita Lobo Xavier);
 - as liberalidades efectuadas pelo cônjuge enriquecido ao cônjuge contribuinte;
 - «a comparação entre a situação actual do cônjuge requerente e a do requerido, bem como a que desfrutavam durante o casamento» (Rita Lobo Xavier).
- ❖ A violação de **outros deveres conjugais**, ou o seu grau, **não releva** na medida do direito de compensação.

- **Actual artº 1676º, n.º 3:** “O crédito referido no número anterior só é exigível no momento da partilha dos bens do casal, a não ser que vigore o regime da separação”.
- **controvérsia:** elemento sistemático, elemento teleológico e *elemento literal*
- **o direito de compensação consagrado no n.º 2 do artº 1676º também assiste aos cônjuges casados em regime de separação de bens;**
- **A exigibilidade desse direito de crédito de compensação ocorre somente depois de declarado o divórcio** (assim também acs. TRL 2011Abr14 e TRG 2011Out18)
- **E está sujeito ao princípio do *pedido*** (artº 661º, n.º 1 CPC)
- Este direito de compensação é **renunciável**? E antecipadamente?
- **Modo de satisfação desse crédito de compensação:**
 - N.º 3 do artº 1689º: **prevalentemente pela meação**; esgotada ou inexistente, pelos **bens próprios**.
 - **Prestação única**; mas pode ser faseada no tempo.
 - Fixar na decisão judicial que reconhece o crédito:
 - modo de cumprimento (se pedido);
 - prazo respectivo (se peticionado).

Meios processuais para exercício desse direito de crédito de compensação:

- Acordo;
- Processo de inventário para separação de meações, apenso ao processo de divórcio, havendo património comum;
- Em certos casos (complexidade do inventário ou inexistência de património comum), em processo comum declarativo (acórdãos do TRL de 2011Abr14 e do TRG de 2011Out18).
- Outras hipóteses:
 - (i) processo de divórcio sem consentimento do outro cônjuge por ruptura definitiva do casamento fundada no não contributo, injustificado, de um cônjuge para os encargos da vida familiar e, cumulativamente, em separação de facto por período superior a um ano consecutivo, com pedido de que os efeitos do divórcio retroajam à data do início da separação de facto para efeitos de relações patrimoniais entre os cônjuges?
 - (ii) divórcio sem consentimento do outro cônjuge casados no regime da separação de bens?
- Tribunal competente: família, havendo; se não, cível; na falta de ambos, comarca de competência genérica.
- Ónus de alegação e prova
- Produção de prova:
 - . Depoimento de parte;
 - . Prova testemunhal;
 - . Prova documental;
- Valoração da prova: campo fértil para aplicação de presunções judiciais, prova indirecta (indução e dedução).

III. Data da produção dos efeitos do divórcio e a nova redacção do artº 1789º, n.º 2 do Código Civil.

- **Artº 1789º, n.º 2: nos casos de divórcio por separação de facto, qualquer dos cônjuges pode requerer que os efeitos do divórcio retroajam à data do início da separação de facto, que a *sentença fixará*.**
- **O pedido previsto no n.º 2 desse artigo deve ser formulado *antes* de proferida a sentença – princípio da preclusão - e nesta peça deve o juiz decidi-lo; é inaplicável ao DMC (v.g. acs. STJ 2011Mar16, 2006Nov07 e TRL 2010Set30).**

IV. A partilha e o novo artº 1790º do Código Civil

- Redacção anterior à introduzida pela Lei n.º 61/2008: discurso jurídico dirigido aos “*mais culpados*”;
- Regime actual: *ratio*; discurso jurídico dirigido aos meros *divorciados*;
- A vontade dos cônjuges convencionalizada na comunhão geral sucumbe ao divórcio, mas não à morte

V. A perda de benefícios que os cônjuges tenham recebido ou hajam de receber e a nova redacção do artº 1791º do Código Civil

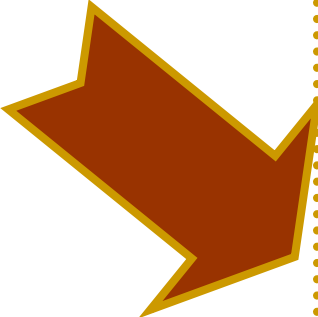
- Nova redacção do n.º 1 do artº 1791º: é o divórcio, e não a culpa, que gera a perda de benefícios
- Desviou-se o centro de gravidade do sujeito activo para identificar o beneficiário da liberalidade: actualmente é o autor da liberalidade que pode determinar que esse benefício reverta para os filhos do casamento (n.º 2)

VI. Responsabilidade Civil e o novo artº 1792º

❖ A *anterior* redacção do artº 1792º (DL 496/77, de 25-11):

“1. O cônjuge declarado único ou principal culpado e, bem assim, o cônjuge que pediu o divórcio com o fundamento da alínea c) do artº 1781º devem reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento.

2. O pedido de indemnização deve ser deduzido na própria acção de divórcio.”

- 
- Só DNP
 - E emergentes da *dissolução* do casamento (exclui indemnização pelos factos-fundamento)
 - Obrigado à indemnização: - cônjuge exclusivo ou principal culpado
- cônjuge que pediu e obteve declaração de divórcio por alteração das faculdades mentais do outro (culpa é irrelevante)
 - Credor da indemnização: cônjuge inocente/mais inocente ou cônjuge doente
 - Princípio da preclusão (acção divórcio e Tribunal Família)
 - Indemnização por DP e DNP pelos *factos-fundamento* da violação dos deveres conjugais: acção declarativa comum (e tribunais comuns) com regime geral da resp. civil – mas jurisprudência vinha admitindo cumulação de pedidos de indemnização por factos-fundamento do divórcio e não somente pela dissolução do casamento

❖ O *actual* artº 1792º tem redacção diferente:

“1. O cônjuge lesado tem o direito de pedir a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge, nos termos gerais da responsabilidade civil e nos tribunais comuns.

2. O cônjuge que pediu o divórcio com o fundamento da alínea b) do artº 1781º deve reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento; este pedido deve ser deduzido na própria acção de divórcio.”

O n.º 2 *actual*:

- 
- . Aglutina o essencial dos n.ºs 1 e 2 do anterior artº 1792 (*excepto a culpa*)
 - . Só **DNP**
 - . E só emergentes da **dissolução** do casamento (exclui factos-fundamento)
 - . Obrigado à indemnização: somente o cônjuge que pediu e obtem declaração de divórcio por alteração das faculdades mentais do outro
 - . Credor da indemnização: só o cônjuge doente
 - . Culpa *não* é requisito (acto lícito)
 - . Princípio da preclusão (acção divórcio e Tribunal Família)
 - . O n.º 1 *actual*:
 - . Fundamento: artº 483º e ss. CC
 - . Culpa: requisito indispensável
 - . Indemnização por **DP** e **DNP** pelos **factos-fundamento** (direitos de personalidade ou outros direitos absolutos): acção declarativa comum (e tribunais comuns) com regime geral da responsabilidade civil
 - . *Não cumulável* na acção de divórcio
 - . **Violação de deveres conjugais pode gerar obrigação de indemnização?**

VII. Alterações atinentes à casa de morada de família

- Importantes repercussões práticas do aditamento do n.º 3 ao artº 1793º:
- Pode alterar-se depois do trânsito o regime sobre a habitação da casa de morada de família antes fixado (regime da jurisdição voluntária)
- Relevam circunstâncias supervenientes, objectivas e subjectivas.

VIII. O novo regime de alimentos entre ex-cônjuges

Alterou-se o paradigma anterior:

- Também para efeitos de obrigação de alimentos deixou de haver cônjuges inocentes ou menos inocentes ou igualmente culpados;
- Mantém-se o princípio de que **cada um deve prover à sua subsistência**;
- **Nenhum cônjuge tem direito de manter o padrão de vida que manteve na vigência do casamento**;
- Enfatiza-se o núcleo essencial da questão dos alimentos entre ex-cônjuges: “a assistência de quem precisa por quem tem possibilidades”, mas limita-se este princípio aos “casos não chocantes” de um ex-cônjuge contribuir com alimentos para o outro
- Na colisão entre obrigação de alimentos a ex-cônjuge e obrigação de alimentos a filho do cônjuge devedor **prevalece** o dever de cumprir esta;
- Nenhuma modalidade de divórcio exclui a obrigação de alimentos entre ex-cônjuges;
- Releva operativo do **critério da equidade**;
- Critérios operativos na determinação do *quantum* concreto da obrigação de alimentos - **medida do quantum de alimentos**;
- Regime aplicável à separação judicial de pessoas e bens;
- O direito do crédito de compensação p. no artº 1676º, n.º 2 e o direito a alimentos entre ex-cônjuges têm órbitas de aplicação diferentes e compatíveis, como diferentes são os seus fundamentos e finalidades.

IX. Da sucessão de leis no tempo

- **Vigência da Lei 61/2008: 1 Dez2012** (alguns dissensos)
- O regime emergente da Lei n.º 61/2008, de 31/10 **não se aplica aos processos pendentes em Tribunal na data da sua entrada em vigor** (artºs 9º e 10º dessa Lei)
- **Artº 12º Código Civil: a chave da solução**
- **1790º - duas teses:**
 - **aplicação imediata às relações jusfamiliares existentes ou a constituir, ressalvados processos pendentes** (ac. STJ 2012Fev2012 (Cons. Helder Roque): «retroconexão» e «referência pressupponente»)
 - **ressalva direito à meação quanto aos bens ingressados no património comum antes do início da vigência desta Lei** (ac. TRC 2011Out25 – Des. Regina Rosa), mas não aos que ingressem no património comum após, e só se aplica a casamentos em comunhão geral celebrados após início vigência Lei 61/2008 (Rita Lobo Xavier)
- **Outros problemas**

❖ Ao legislador: ***"Sempre que seja possível resolver um problema dentro de quadros jurídicos mais precisos e rigorosos, é metodologicamente incorrecto recorrer a quadros de pensamento de contornos mais fluidos"*** (João Baptista MACHADO)

❖ Mas os juízes portugueses saberão trilhar os caminhos mais justos e tecnicamente sustentados, mesmo com as dificuldades não supridas pela lei!