



REGIMES DE BENS DE COMUNHÃO E SITUAÇÃO DE INDIVISÃO NO PERÍODO PÓS-DIVÓRCIO

DIANA ALVES DE PASSOS

Porto

Novembro de 2014

Universidade Católica Portuguesa

Centro Regional do Porto

Escola de Direito

Mestrado em Direito Privado



Regimes de bens de comunhão e situação de indivisão no período pós-divórcio

DIANA ALVES DE PASSOS

Dissertação de Mestrado em Direito Privado

Sob a orientação da Sr.^a Professora Doutora Rita Lobo Xavier

Porto, Novembro de 2014

AGRADECIMENTOS

À Professora Doutora Rita Lobo Xavier, pela sua excelente orientação e disponibilidade, pela partilha de conhecimentos e ideias, por tudo o que me ensinou sobre um tema que não trata apenas de questões jurídicas

Aos meus avós, pela preocupação incomensurável

Aos meus pais, a quem devo tudo, em especial à minha mãe e minha patrona, por todo o apoio e compreensão ao longo destes meses

À minha irmã, pelas palavras de incentivo e por toda a ajuda

À Rita, minha irmã de coração, pela amizade e pela preocupação constante

À Ju, melhor amiga de sempre, por tudo

Aos meus amigos e amigas, pela amizade e pelo apoio, por acreditarem em mim e, sobretudo, pela paciência

Índice

Lista de abreviaturas e siglas.....	vii
Introdução	1
Capítulo I – REGIMES DE BENS DE COMUNHÃO E O PROBLEMA DA INDIVISÃO DO PATRIMÓNIO COMUM NO PÓS-DIVÓRCIO.....	3
1 - A convenção antenupcial e os regimes de bens de comunhão	3
1.1 – Regimes-tipo	3
1.1.1 – Comunhão geral de bens.....	4
1.1.2 – Comunhão de adquiridos	5
1.2 – Regimes de fantasia.....	5
2 – O património comum e o seu estatuto.....	6
3 – Cessação dos efeitos patrimoniais do casamento e direito de exigir a partilha	9
3.1 – O Divórcio.....	9
3.1.1 - Modalidades e seus efeitos	9
3.1.2 – Os acordos referidos no artigo 1775.º do CC	11
4 – A indivisão do património comum.....	12
5 – A Partilha	15
5.1 – A norma do artigo 1790.º do CC	16
5.2 – Processo de Inventário.....	19
5.3 – Operações da partilha	21
5.3.1 - A separação dos bens próprios	21
5.3.2 - A liquidação do património comum	22
5.3.3 - A partilha propriamente dita – adjudicação de bens	23
Capítulo II - A LIQUIDAÇÃO DO REGIME DA COMUNHÃO E A DIVISÃO DOS BENS NO CONTEXTO DO DIVÓRCIO	25
1 – A proposta de liquidação do regime da comunhão e a divisão dos bens como pressuposto do divórcio por mútuo consentimento.....	25

1.1 – Apresentação da relação especificada dos bens comuns.....	29
1.2 - O “Convenio Regulador de Gananciales”	32
1.3 - Soluções encontradas no âmbito do Direito português	36
1.3.1 - Contrato-promessa de partilha dos bens comuns	37
1.3.2 - Escritura de partilha sob condição.....	40
1.3.3 - Cláusulas de partilha incluídas na convenção antenupcial.....	41
Conclusão.....	43
Referências bibliográficas	46
ANEXO.....	50
a) Código civil espanhol.....	50

Lista de abreviaturas e siglas

Ac. – acórdão

Al. – alínea

Art. – artigo

Arts. – artigos

CC – Código Civil

CCEsp – Código Civil Espanhol

CRC – Código do Registo Civil

Cfr. – Confira

CRP – Constituição da República Portuguesa

DGRN - Direcção-Geral dos Registos e do Notariado

Exemplo – ex.

n.º - número

NR – nota de rodapé

p. – Página

proc. – processo

ss. – seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TRP – Tribunal da Relação do Porto

Introdução

O casamento visa a realização de uma completa comunhão de vida entre os cônjuges, que por vezes engloba também a união patrimonial. Essa comunhão verificar-se-á sempre que, em convenção antenupcial, os cônjuges estabeleçam um regime de comunhão de bens, seja um dos regimes-tipo previstos na lei (comunhão geral de bens e comunhão de adquiridos), seja um regime-misto ou atípico de base comum. Mas a realidade é que muitas vezes os nubentes desconhecem as opções que a lei lhes oferece relativamente à escolha de um regime de bens, acabando por não assegurar devidamente os seus interesses, não celebrando uma convenção antenupcial e, nessa hipótese, aplica-se ao casamento o regime legal supletivo, a comunhão de adquiridos.

O regime de bens, qualquer que seja, irá então vigorar enquanto subsistir o matrimónio, que será sem termo, ou seja, “tendencialmente perpétuo”. Todavia, poderá acontecer que os cônjuges entrem em rutura definitiva, sem possibilidade de conciliação, surgindo como única solução o pedido de divórcio, o qual poderá ser requerido por mútuo acordo ou tornar-se fonte de litígio, quando não houver consenso entre ambos os cônjuges. Mas os conflitos poderão agudizar-se também quando exista uma comunhão de bens, sendo necessário proceder à liquidação e partilha do património comum, que só poderá efetuar-se num momento posterior ao divórcio. Assim, enquanto não procederem à partilha, manter-se-ão os cônjuges numa situação de indivisão do património comum.

O divórcio tem como efeito a cessação das relações patrimoniais entre os cônjuges que, todavia, se encontrarão ainda ligados por um aspeto da sua vida em comum, em resultado de tudo o que construíram conjuntamente, e que se traduz na comunhão de bens. Nessa altura, a massa comum será una, carecendo de divisão, com vista à atribuição dos bens a cada cônjuge, de forma a preencher o quinhão respetivo.

Com efeito, para que possam sair da indivisão, os cônjuges terão de proceder à partilha dos seus bens, o que nem sempre acontecerá num momento imediatamente posterior ao decretamento do divórcio ou num breve período de tempo subsequente ao mesmo. Na verdade, é comum os cônjuges permanecerem na situação de indivisão por um tempo indefinido, muitas vezes mais tempo do que seria espectável,

o que se poderá traduzir num processo de partilha mais difícil, com obstáculos impostos pelas próprias partes interessadas. É certo que após o divórcio, ou até mesmo antes, as relações entre os cônjuges poderão ser instáveis, agravando-se com a passagem do tempo e com os problemas que uma indivisão patrimonial acarreta. Avessos à ideia de virem a ser adjudicados ao outro cônjuge bens que entendem não dever ser-lhe atribuídos, e não havendo consenso entre ambos, poderão os cônjuges gladiar pela titularidade dos bens já em sede de processo de inventário. Nesse contexto, poderão surgir questões complexas envolvendo a titularidade dos bens, nomeadamente os bens adquiridos durante a pendência da ação de divórcio ou depois de decretado o mesmo, sendo estas dúvidas suscitadas frequentemente num momento de partilha tardia, dando azo a litígios ainda mais hostis entre os ex-cônjuges.

No presente trabalho centrar-nos-emos no tema da partilha dos bens comuns após o divórcio, mas começaremos por descrever os vários regimes de bens de comunhão que poderão vigorar durante o casamento, explicando as regras subjacentes aos mesmos e o estatuto da comunhão. Passaremos posteriormente à referência da cessação dos efeitos patrimoniais pelo divórcio, esclarecendo as consequências daí decorrentes em termos de comunhão de bens, que se traduzem na situação de indivisão. Procederemos, então, ao tratamento da questão da partilha que põe fim à indivisão, explorando as possíveis soluções para o tratamento desta questão.

Analisaremos as possibilidades que têm sido encontradas pelos cônjuges no âmbito da regulação prévia de aspetos da partilha, ponderando a hipótese de exigência de um projeto de partilha de bens, a apresentar juntamente com o requerimento de divórcio por mútuo consentimento e com os acordos complementares. Refletiremos, nesse âmbito, sobre o possível enquadramento sistemático de tal acordo na lei, em sede de divórcio por mútuo consentimento, alicerçando a nossa posição na opinião de alguma doutrina portuguesa¹ e nas previsões existentes em vários ordenamentos jurídicos estrangeiros, nomeadamente europeus². Nesse sentido, no âmbito da tramitação do processo de divórcio e partilha de bens comuns, procedemos a uma análise comparatística do ordenamento jurídico português com o ordenamento jurídico espanhol.

¹ XAVIER (2000), MEALHA (2009), OLIVEIRA (2010)

² MEALHA (2009:83)

Capítulo I – REGIMES DE BENS DE COMUNHÃO E O PROBLEMA DA INDIVISÃO DO PATRIMÓNIO COMUM NO PÓS-DIVÓRCIO

1 - A convenção antenupcial e os regimes de bens de comunhão

No sistema jurídico português preveem-se três possíveis regimes de bens no casamento (regimes-tipo), estipulados pelos nubentes consoante a sua vontade em comunicar absolutamente todo o seu património, apenas parte dele ou nenhum. Assim, estabelecerão num documento próprio, *convenção antenupcial*, o regime de *separação de bens*, de *comunhão geral de bens* ou de *comunhão de adquiridos*, sendo que este se aplicará supletivamente na ausência de convenção ou caso esta sofra de vícios.

Quanto à determinação do regime de bens, os nubentes gozam de uma *liberdade de convenção* (art.1698.º do CC³) que lhes permite definir os aspetos patrimoniais que desejam ver regulados e escolher um dos regimes *regimes-tipo* regulados na lei; mas não existindo um sistema de tipicidade^{4 5}, poderão estabelecer o seu próprio regime, criando um novo ou combinando dois regimes-tipo, por ex., o que se denomina de *regimes-mistos* ou *de fantasia*⁶.

A convenção antenupcial só poderá realizar-se *antes* da celebração do casamento, existindo também outras limitações à liberdade de estipulação, previstas nos arts.1699.º e 1720.º. Por outro lado, obedecerá ao *princípio da imutabilidade* (art.1714.º), não podendo sofrer alterações⁷ após a celebração do casamento e durante a sua vigência. Assim, serão abrangidas por este princípio todas as cláusulas da convenção.

1.1 – Regimes-tipo

Apesar da liberdade de estipulação, os nubentes não tendem a exercê-la, por desconhecimento das opções que a lei oferece relativamente à escolha do regime de

³ Todos os artigos que não apresentem referência ao diploma a que pertencem, integram o CC

⁴ XAVIER (2000:510 e ss)

⁵ DIAS (2014:15 e ss)

⁶ XAVIER (2000:517)

⁷ À exceção dos casos previstos no art.1715.º

bens⁸ ou por quererem subtrair-se à crítica de que a sua preocupação em regular o regime patrimonial será “*manifestação de um amor menos puro*”⁹. Por isso, muitas vezes descuram dos termos práticos da questão patrimonial e, mesmo quando estão dispostos a celebrar convenção, desconhecem que poderá regular os seus interesses muito além do que a lei prevê, acabando por recorrer aos regimes-tipo, geralmente o da separação¹⁰.

Como regimes-tipo, a lei prevê a *separação de bens* (art.1735.º e ss), *comunhão geral de bens* (art.1732.º e ss) e *comunhão de adquiridos* (art.1721.º e ss), já inteiramente regulados, de entre os quais os nubentes poderão escolher aquele que vigorará no casamento.

1.1.1 – Comunhão geral de bens

A *comunhão geral de bens* manteve-se, até à entrada em vigor do DL n.º 47.334 de 25/11/1966, em 31/5/1967, como regime de bens supletivo, aplicado a todos os casamentos nos quais não houvesse sido celebrada convenção¹¹. Atualmente, para que vigore como regime de bens, terão as partes de o prever em convenção antenupcial. Contudo, impõe a lei certos limites à sua aplicação, previstos nos arts.1699.º, 1720.º/1, al. a) e 1720.º/1, al. b).

Neste regime consideram-se comuns quase todos os bens dos cônjuges, sejam *presentes*, levados para o casamento, ou *futuros*, adquiridos na constância deste, gratuita ou onerosamente. Os bens comuns serão a regra e os bens próprios a sua exceção¹², só subsistindo como *próprios* aqueles que a lei exclui da comunhão (art.1733.º). Respeitando o princípio da liberdade de convenção, a lei permite ainda a exclusão de outros bens, prevista em convenção que defina o regime de comunhão geral¹³. Serão aplicáveis a este regime as disposições que regulam o regime da comunhão de adquiridos, com as devidas adaptações, relativamente à administração dos bens (art.1734.º).

⁸ XAVIER (2000:503-507), DIAS (2014:14, nota 9)

⁹ XAVIER (2000:505)

¹⁰ *Idem*, 505

¹¹ COELHO/ OLIVEIRA (2011:548)

¹² NETO, anotação ao art.1732.º, ponto 3

¹³ CHAVES (2010:182)

1.1.2 – Comunhão de adquiridos

Desde 1967, este é o regime aplicado supletivamente, em caso de inexistência, caducidade, invalidade ou ineficácia de convenção antenupcial, aplicando-se também por determinação dos cônjuges em convenção (art.1721.º), caso pretendam aditar-lhe algumas regras atípicas, por ex.

Na *comunhão de adquiridos*, distingue-se a massa de bens própria de cada cônjuge da massa de bens comuns¹⁴. Assim, serão *bens próprios* aqueles que cada um leve para o casamento e que herde ou receba por doação, mesmo já estando casado. Os bens comuns constituem uma massa patrimonial una, pertença de ambos, fruto das contribuições dos dois para a vida familiar, que serve como alicerce económico da família. Portanto, esta responderá pelas *dívidas comuns*, ou de um só cônjuge, na falta de bens próprios deste (art.1695.º/1); ou por dívidas da exclusiva responsabilidade de um, mais concretamente a meação do cônjuge devedor, subsidiariamente aos seus bens próprios (art.1696.º/1); ou responderá a par dos bens próprios do devedor (art.1696.º/2). Em regra, os bens próprios respondem pelas dívidas do devedor e os bens comuns pelas dívidas comunicáveis, da responsabilidade de ambos.

A lei não prevê expressamente, no âmbito dos regimes de comunhão, a existência de estipulações que traduzam um acordo sobre a partilha dos bens comuns. Porém, tal não significa que seja vedada aos nubentes a possibilidade de escolher um dos regimes-tipo e de incluir, na convenção, cláusulas relativas à partilha dos bens comuns¹⁵.

1.2 – Regimes de fantasia

A lei permite também que os cônjuges, com base na *liberdade de convenção*, estabeleçam regimes atípicos (art.1698.º): *regimes-mistos ou de fantasia*¹⁶. Serão da autoria dos nubentes, com cláusulas que protejam os seus interesses, podendo criar um novo regime ou combinar um ou vários regimes-tipo, criando uma figura híbrida. Respeitando as normas imperativas da lei, poderão os nubentes escolher o regime

¹⁴ Cfr. arts.1722.º a 1729.º

¹⁵ XAVIER (2000:536 e ss)

¹⁶ *Idem*, 517 e ss

que lhes seja conveniente, ainda que seja de outro ordenamento jurídico, exigindo-se que plasmem na convenção todo o regime que irá vigorar, não podendo ser feita uma referência genérica ao mesmo.

Neste tipo de regime poderão os cônjuges proceder à determinação de certos aspetos para um futuro momento de partilha, incluindo na convenção antenupcial, se lhes aprouver, cláusulas relativas à liquidação e partilha do património comum¹⁷, sobre as quais nos debruçaremos mais adiante.

2 – O património comum e o seu estatuto

Com a celebração do casamento e conseqüente comunhão de vida, assiste-se também, nos casamentos celebrados em regime de comunhão de bens, a uma comunhão de patrimónios entre os cônjuges, sendo o estatuto da comunhão uma questão controversa na nossa doutrina.

O património será um “conjunto de relações jurídicas activas e passivas (direitos e obrigações) avaliáveis em dinheiro de que uma pessoa é titular”¹⁸ (património global). Qualquer pessoa poderá ser titular apenas de um património geral ou também de um *património separado ou autónomo*¹⁹, podendo ser titular de duas ou mais massas patrimoniais distintas e apartadas.

Mas haverá casos em que “além de possuir o seu património geral, uma pessoa ainda pode participar na titularidade de outras massas patrimoniais, separadas do primeiro e pertencentes a um conjunto de pessoas”²⁰, o que se denomina de *património coletivo*. Neste caso, existe um único património com uma pluralidade de sujeitos que dele são titulares, ou seja, existem “Duas ou mais pessoas, que possuem – cada uma – o seu património que lhes pertence globalmente”²¹ e que “é distinto dos patrimónios que cada um dos titulares ainda possui a título individual”, pertencendo esse património “em bloco, e só em bloco, a

¹⁷ *Idem*, 536 e ss

¹⁸ MOTA PINTO (2005:344)

¹⁹ *Idem*, 347

²⁰ HÖRSTER (1992:194)

²¹ MOTA PINTO (2005:352)

todos os titulares ou, o que deve ser o mesmo, à colectividade por eles formada e em que participam”²².

Defende HÖRSTER que a comunhão conjugal, que integra os bens comuns dos cônjuges ao lado dos seus bens próprios, é uma “*forma incompleta de património colectivo*”²³, na medida em que não tem as exatas características de um património coletivo: a sua estrutura não é completamente coletivística, uma vez que a lei prevê o direito à meação dos cônjuges, situação que individualiza as suas entradas na comunhão; os cônjuges poderão, eventualmente, proceder à simples separação judicial de bens (art.1767.º); relativamente à responsabilidade por dívidas (arts.1695.º e 1696.º), a comunhão patrimonial e os bens individuais dos cônjuges poderão coexistir.

Referindo este último ponto, MOTA PINTO enquadra a comunhão conjugal na figura do património coletivo, demonstrando a sua regulação pelo regime especial dos patrimónios coletivos, fazendo referência ao escopo²⁴ ou causa que determina o património coletivo, cuja prossecução poderá gerar um passivo, traduzido em dívidas, pelas quais responderão os bens coletivos e, na sua insuficiência ou falta, responderão solidariamente os bens pessoais dos contitulares do património. Este conjunto de pessoas será titular do património coletivo de forma global, em bloco, pois “*individualmente nenhum dos sujeitos tem direito a qualquer quota ou fracção; o direito sobre a massa patrimonial em causa cabe ao grupo no seu conjunto*”, não podendo nenhum membro da coletividade alienar uma quota do património, tão pouco requerer a divisão do mesmo²⁵ enquanto perdurar a “*causa geradora do surgimento do património colectivo*”²⁶.

É neste aspeto que a comunhão conjugal se afasta da figura da *compropriedade ou propriedade em comum* (Direito Romano), já que nesta haverá um conjunto de quotas-ideais (art.1405.º e 1406.º) sobre o mesmo património, podendo as partes delas detentoras dispor de toda ou de parte da sua quota na comunhão (art.1408.º), “*daí que o comproprietário não seja obrigado a permanecer*

²² HÖRSTER (1992:196-7)

²³ *Idem*, 199

²⁴ MOTA PINTO (2005:353)

²⁵ Neste sentido DIAS (2004:117)

²⁶ MOTA PINTO (2005:352-3)

na indivisão, podendo exigir a divisão da coisa comum”²⁷. O que não acontece na comunhão conjugal.

Assim, encara-se a comunhão conjugal como figura próxima da *comunhão em mão coletiva ou em mão reunida*, a “*gemeinschaft zur gesamten Hand*” do Direito germânico, que “*terá tido por base a comunhão de vida entre os participantes, com origem no direito familiar germânico, que se distinguia pela inexistência de quotas e pela impossibilidade de pedir a divisão, e por isso, mais estável e duradoura*”²⁸, com carácter à partida perpétuo, como seria o casamento.

Seguindo a doutrina maioritária, considerando a comunhão conjugal como *propriedade coletiva* com certas especificidades, poder-se-ão encontrar características próprias da propriedade coletiva - a indivisão e a indivisibilidade²⁹- que apresentarão, todavia, desvios no que toca à comunhão conjugal, nos termos dos arts.1770.º e 1795.º-A e art.1730.º/2. Torna-se claro que “*o principal traço condicionante do regime da comunhão conjugal é o facto de esta constituir um regime de bens do casamento*”³⁰, o que significa que será o matrimónio a base da regulação do regime de bens, pela sua natureza e vicissitudes, pois a composição da massa comum, ativo e passivo, obedecem “*a uma lógica e interesses próprios da instituição familiar*”³¹.

Os cônjuges só poderão, então, pedir a divisão do património quando se dissolver a razão que deu causa à comunhão - o matrimónio - e cessarem as suas relações patrimoniais. Enquanto vigorar a sociedade conjugal, terão um único direito, em conjunto, sobre os bens comuns. Por isso, o direito à sua *meação*/ metade nos bens comuns, que se traduz num “*direito ao valor de metade*”³² e que recairá sobre todo o património no seu conjunto e nunca sobre certos e determinados bens, só será um direito disponível aquando da separação de patrimónios, no momento da partilha. Neste sentido, o Ac. do TRC de 8-11-2001³³.

²⁷ *Idem*, 352

²⁸ MEALHA (2009:37-38)

²⁹ MEALHA (2009:43)

³⁰ *Idem*, 44

³¹ *Idem*, 44

³² COELHO/ OLIVEIRA (2011:511)

³³ “*antes de dissolvido o casamento (...)entre os cônjuges, nenhum deles pode dispor da sua meação nem lhes é permitido pedir a partilha dos bens que a compõem*”

A regra da metade (art.1730.º/1) estabelece que “os cônjuges participam por metade no ativo e no passivo da comunhão, sendo nula qualquer estipulação em sentido diverso”, permitindo-se apenas que façam doações ou deixas por conta da sua meação a terceiros (n.º 2 do art.). A ideia do legislador terá sido a da igualdade entre os cônjuges, considerando idêntico o esforço de ambos na contribuição para a vida em comum, em termos monetários ou pessoais, nas tarefas do lar³⁴. Contudo, entende RITA LOBO XAVIER³⁵ que a regra da metade poderá ser afastada por estipulação dos cônjuges nos regimes de fantasia.

3 – Cessação dos efeitos patrimoniais do casamento e direito de exigir a partilha

3.1 – O Divórcio

A comunhão patrimonial dos cônjuges manter-se-á durante a vigência do casamento, assim como a indivisão do património, não podendo nenhum dos cônjuges dispor dele separadamente ou da sua meação, pois a massa patrimonial só será dividida após a dissolução do matrimónio. Portanto, perdura a comunhão de património enquanto perdurar a comunhão de vida e de afetos - o casamento.

Terminando este, proceder-se-á à sua dissolução através do divórcio - rescisão do compromisso inicial assumido entre os nubentes. O fim do casamento poderá ser pacífico ou, pelo contrário, uma verdadeira guerra entre duas pessoas que outrora se amaram, daí que preveja a lei duas modalidades de divórcio: *divórcio por mútuo consentimento*, o “divórcio amigável”, decidido de comum acordo, e o *divórcio sem consentimento do outro cônjuge*, quando não existe acordo entre ambos quanto ao fim do casamento.

3.1.1 - Modalidades e seus efeitos

Com a Lei n.º 61/2008 de 31-10, deixou de existir o divórcio-sanção, devido ao decaimento da relevância da culpa, subsistindo apenas o *divórcio-rutura*, passando cada um dos cônjuges a poder requerer o divórcio unilateralmente, com

³⁴ COELHO/ OLIVEIRA (2011:511)

³⁵ XAVIER (2000:523-525)

base na prova da rutura da comunhão de vida. Assim, deixou de ser necessária a violação dos deveres conjugais, desaparecendo a censurabilidade em termos de culpa.

Atualmente regula-se o regime jurídico do divórcio nos arts.1773.º a 1793.º. Prevê o art.1773.º duas modalidades: *divórcio por mútuo consentimento* e *divórcio sem consentimento de um dos cônjuges*.

O *divórcio sem consentimento de um dos cônjuges* (arts.1779.º e ss) será requerido em tribunal por qualquer um dos cônjuges³⁶, que alegará as causas de rutura do casamento (art.1781.º): separação de facto por mais de um ano consecutivo; alteração das faculdades mentais do outro cônjuge; ausência sem notícias de um deles, por mais de um ano; outras causas, nos termos da al. d), que não sejam as referidas nas alíneas anteriores.

O *divórcio por mútuo consentimento* (arts.1773.º a 1780.º) pode ser requerido pelos cônjuges de comum acordo, na Conservatória do Registo Civil (art.1773.º/2), sendo esta a via administrativa de requerimento do divórcio, na qual se exige (art.1775.º) a apresentação do pedido comum de divórcio, assinado pelos dois, acompanhado de alguns documentos e acordos sujeitos a homologação. Se o Conservador não os homologar, por não respeitarem os interesses de todos ou por não haver anuência dos cônjuges em relação a todos os acordos, seguir-se-á a via judicial, passando o poder de decisão sobre estas questões dos cônjuges para o juiz (art.1778.º).

O divórcio implica sempre a *dissolução do casamento*, produzindo os mesmos efeitos que a dissolução por morte (1788.º). A partir do trânsito em julgado da sentença de divórcio ou do despacho do Conservador, consideram-se os cônjuges divorciados do ponto de vista pessoal e as suas relações patrimoniais cessam, mas retroagem ao momento da propositura da ação (art.1789.º/1); especialmente, os efeitos pessoais e patrimoniais retroagirão à data da separação de facto (n.º2); os efeitos patrimoniais só poderão ser opostos a terceiros após a data de registo da sentença (n.º3).

Com o divórcio, os cônjuges perderão os benefícios que receberiam ou que hajam recebido em vista do casamento ou pelo facto de estarem casados (art.1791.º).

³⁶ Cfr. art.1773.º/3

Por outro lado, assistirá ao cônjuge³⁷ *mais esforçado* o direito de exigir ao outro uma *compensação*, sustentada na sua contribuição consideravelmente superior para os encargos da vida familiar (art.1676.º/2), baseada na renúncia da sua vida pessoal ou do seu trabalho para cuidar do lar. Este crédito só será exigível no momento da partilha dos bens (art.1676.º/3).

A partilha dos bens processar-se-á autonomamente ao processo de divórcio, quando os ex-cônjuges decidirem separar os patrimónios. Não poderá nenhum deles receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado em regime de comunhão de adquiridos, nos termos do art.1790.º, norma imperativa de que trataremos adiante.

3.1.2 – Os acordos referidos no artigo 1775.º do CC

O art.1775.º, respeitante ao divórcio por mútuo consentimento, prevê a exigência de apresentação de documentos e celebração de acordos entre os cônjuges, relativos a questões fundamentais a deixar resolvidas no momento do divórcio - os *acordos complementares*. A sua elaboração será necessária apenas para a instrução de pedidos de divórcio nas Conservatórias pois, faltando algum, o processo seguirá a sua tramitação em tribunal.

O primeiro acordo previsto (art. 1775.º al. b)) é o *acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais* no caso de existirem filhos menores do casal. Os interesses das crianças serão sobrepostos aos interesses dos pais, que têm deveres para com os seus filhos independentemente da sua situação de casados ou divorciados³⁸. A al. c) do artigo prevê o *acordo sobre a prestação de alimentos* ao cônjuge que deles careça, no qual se determina o devedor e o credor da pensão de alimentos e o seu montante³⁹. A al. d) prevê o terceiro acordo, *sobre o destino da casa de morada da família*, no qual se define a quem pertencerá, após o divórcio, o direito de habitação da casa que serviu de lar, residência habitual dos cônjuges e da família que constituíram (cfr. art.1673.º).

Enunciados os três acordos do art.1775.º, refere-se outro documento, previsto na al. a), que é exigido aos cônjuges para que possam proceder ao divórcio por

³⁷ OLIVEIRA (2008:68)

³⁸ Cfr. Projeto de lei n.º 509/X

³⁹ Cfr. LEAL (2014:46)

mútuo consentimento na Conservatória: a *relação especificada dos bens comuns*. Aí indicarão os bens que compõem o património comum e os respetivos valores de cada bem; se os cônjuges não chegarem a acordo relativamente a algum desses aspetos, não poderá ser decretado o divórcio, pois funciona como condição para que este se concretize. Se os cônjuges optarem por proceder ao divórcio e em simultâneo à partilha dos bens na própria Conservatória⁴⁰, terão de apresentar um *acordo sobre a partilha* ou pedido de elaboração do mesmo, nos termos dos arts.272.º-A a 272.º-C do CRC.

Na *relação especificada*, que pode ser redigida pelo Conservador⁴¹, os cônjuges enumeram e especificam os bens que compõem a massa patrimonial comum, distinguindo cada elemento, pelas características e valor patrimonial. Assim se comprova que bens é que existiam na comunhão à data da dissolução do casamento, para que no futuro, chegado o momento da partilha, não se corram riscos de omissão de bens por parte de algum cônjuge, como veremos adiante.

4 – A indivisão do património comum

A dissolução do casamento por meio de divórcio significará o término das relações pessoais e patrimoniais entre os cônjuges; porém, nos casos de casamentos celebrados em regime de comunhão de bens, existirá ainda uma comunhão de bens não dissoluta, que subsistirá enquanto não se proceder à partilha. Neste sentido, o Ac. do TRP de 31-1-2013: “*as relações patrimoniais e pessoais entre os cônjuges cessam com o divórcio, mas mantém-se, até à partilha, a comunhão de bens*”, e o Ac. do TRC de 8-11-2001: “*A extinção do casamento importa a cessação da generalidade das relações patrimoniais entre os cônjuges, a extinção da comunhão entre eles e a sua substituição por uma situação de indivisão a que se põe fim com a liquidação do património conjugal comum e com a sua partilha*”.

Assim, no hiato temporal que medeia o divórcio e a partilha, verifica-se uma situação de indivisão dos bens comuns do ex-casal⁴².

⁴⁰ Ato único de decretação do divórcio e partilha dos bens comuns, RAMIÃO (2011:43-45)

⁴¹ Cfr. art. 272.º/2 do CRC

⁴² DIAS (2003:271)

Entende CRISTINA DIAS que a natureza do património comum se mantém até ao momento da partilha dos bens, não tendo os cônjuges qualquer fração do direito de que possam dispor⁴³, pois “*Até à partilha o património comum apresenta-se como um património separado colectivo que pertence aos dois cônjuges, mas em bloco, sendo os dois titulares de um único direito sobre ele*”⁴⁴.

Em sentido diverso, o Ac. do TRP de 31-1-2013: “*A indivisão que permanece entre a dissolução do regime de bens e a partilha do património conjugal comum tem, decerto, uma natureza e regime distintos da comunhão conjugal*”.

Segundo ESPERANÇA MEALHA⁴⁵, a natureza e regime da indivisão pós-comunhão são diversos dos que se verificavam na comunhão conjugal, existindo diferenças⁴⁶ que se destacam relativamente a aspetos essenciais da disposição dos bens: após a dissolução do casamento, os ex-cônjuges terão um direito irrenunciável à partilha e a possibilidade de dispor da sua meação, podendo a mesma ser alienada ou objeto de penhora. A massa patrimonial, no ativo e passivo, perde a mutabilidade que a caracterizava, dando-se uma *crystalização* da mesma, ainda que não seja total⁴⁷, e o ativo continuará especialmente afeto ao passivo. Deixam de ser aplicadas as regras de administração dos bens do casal previstas para os regimes de comunhão, sendo certo que a lei é omissa quanto à previsão da administração do património indiviso, entendendo a autora que será de aplicar a regra prevista no processo de inventário, pertencendo a administração ao cabeça-de-casal.

Entende que “*o regime mais próximo desta situação é de facto o da comunhão hereditária*”⁴⁸ porque, a par do que acontece com a herança, o património comum indiviso também se compõe de situações jurídicas ativas e passivas, tendo também um certo grau de autonomia patrimonial, respondendo primeiramente por determinadas dívidas. Por outro lado, o direito dos ex-cônjuges sofre uma mudança estrutural, passando cada um a ter um direito individualizado e quantificado, o direito à sua meação, que incide sobre um todo e não sobre bens concretos, aproximando-se da figura do quinhão hereditário⁴⁹.

⁴³ *Idem*, 117

⁴⁴ *Idem*, 122

⁴⁵ MEALHA (2009:74)

⁴⁶ *Idem*, 74-75

⁴⁷ *Idem*, 75, NR185

⁴⁸ *Idem*, 77

⁴⁹ *Idem*, 77-78

Também para PEREIRA COELHO/ GUILHERME DE OLIVEIRA⁵⁰a situação de indivisão do património comum se assemelha à da herança indivisa, podendo cada cônjuge dispor da sua meação e pedir a separação das meações. Ressalvam, porém, o facto de os bens não deixarem de ser um património comum e de não existir compropriedade, uma vez que o direito de cada ex-cônjuge não incide sobre bens concretos mas sobre o conjunto dos bens que integram o património comum, *“pois antes da partilha não se sabe com que bens virá a ser preenchida a meação de cada um dos ex-cônjuges”*.

Segundo EVA DIAS COSTA⁵¹, enquanto não se proceder à divisão do património, os cônjuges serão *“detentores de uma pars quota sobre uma «universalidade em titularidade indivisa», uma quota ideal cujo conteúdo se concretiza em pars quanta depois da divisão”*, passando a ter individualmente na sua esfera jurídica um direito indiviso, que corresponde à meação nos bens comuns, podendo sair da indivisão através da partilha.

A autora faz referência ao Direito Sucessório, no qual os herdeiros, com a abertura da sucessão, adquirem uma quota abstrata sobre os bens que integram a herança e só com a partilha é que esse direito abrangerá bens concretos. Assim, *“durante a indivisão os herdeiros são, em comum e sem determinação de parte ou direito, na terminologia do registo, proprietários de todos e quaisquer bens da herança”*⁵². Esclarece que esta equiparação à situação da herança indivisa é feita pela maioria da Jurisprudência, citando por ex., o Ac. do STJ de 29-6-2004: *“a situação passa a ser idêntica à da herança indivisa. Cada um dos cônjuges pode dispor da sua meação”*, *“a comunhão dos bens comuns do casal, existentes à data da propositura da acção de divórcio, só termina pela respectiva partilha”*.

Aludindo ao problema, já suscitado⁵³, sobre as regras aplicáveis à administração dos bens que constituem o património comum indiviso, entende a autora que deixarão de se aplicar as regras do regime de bens do casal quanto à administração dos mesmos: *“terão de deixar de se aplicar as regras matrimoniais para se aplicarem aquelas que sejam próprias dos estados de indivisão”*⁵⁴. Assim,

⁵⁰ COELHO/ OLIVEIRA (2011:689)

⁵¹ COSTA (2013:14820)

⁵² *Idem*, 14825

⁵³ MEALHA (2009:74)

⁵⁴ COSTA (2013:14831)

face à omissão da lei, dever-se-ão aplicar, com as devidas adaptações, as regras de administração e representação do património indiviso aplicáveis às situações de indivisão e ao Direito das Sucessões, inclusivamente a regra da administração pertencer ao cabeça-de-casal⁵⁵.

Em suma, de acordo com a doutrina maioritária, e como entende a autora, “*o estado de indivisão que existe entre a dissolução da comunhão e a partilha dos bens comuns carece de um regime jurídico próprio, distinto da comunhão que o precedeu. E o regime mais aproximado (...) será de facto, aquele que é próprio da comunhão hereditária*”⁵⁶

5 – A Partilha

Como explica RITA LOBO XAVIER⁵⁷, “*o divórcio origina uma situação de indivisão e a partilha é o modo típico de lhe pôr termo*” e também CRISTINA DIAS⁵⁸, “*o efeito da dissolução do regime matrimonial traduz-se na substituição da comunhão dissolvida por uma indivisão e na possibilidade de liquidação e partilha para lhe pôr fim*”.

Assim, só após o trânsito em julgado da sentença de divórcio ou da decisão do conservador que decreta o divórcio, já cessadas as relações patrimoniais entre os cônjuges, é que poderá ser requerida a partilha de bens do ex-casal, decidindo-se a divisão dos bens comuns, tendo em conta o regime de bens que vigorou no casamento. Quanto a este ponto existe uma regra imperativa (art.1730.º/1): a *regra da metade* - cada cônjuge terá direito, no momento da partilha, a metade do valor do património comum, à sua *meação*.

Segundo GUILHERME DE OLIVEIRA⁵⁹, “*todos os cônjuges têm direito a partilhar o património comum que existir à data da cessação do casamento, em partes iguais. Os dois cônjuges que fizeram contribuições proporcionais às suas possibilidades, que participaram equitativamente e esforçadamente na vida de*

⁵⁵ *Idem*, 14835

⁵⁶ *Idem*, 14834

⁵⁷ XAVIER (2012:545)

⁵⁸ DIAS (2004:20)

⁵⁹ OLIVEIRA (2008:68)

casado, e que não sacrificaram excessivamente a sua vida pessoal, dividem por metade o património comum”.

Para apurar esse valor de metade do património que pertencerá a cada ex-cônjuge, terá de se proceder a três operações distintas que constituem a partilha *lato sensu*, como veremos. Em regra, a partilha far-se-á de acordo com o regime de bens do casamento, porém, a lei (art.1790.º) impõe a aplicação das regras da partilha em comunhão de adquiridos a todos os casamentos celebrados em regime de comunhão de bens, não podendo os cônjuges receber na partilha subsequente ao divórcio mais do que receberiam se o casamento tivesse sido celebrado em regime de comunhão de adquiridos.

5.1 – A norma do artigo 1790.º do CC

Com a Lei 61/2008, a norma do art.1790.º sofreu significativas alterações face à lei anterior, cujo regime de partilha de bens tinha o propósito de proteger o cônjuge inocente ou menos culpado, castigando patrimonialmente o cônjuge considerado único ou principal culpado no divórcio⁶⁰, evitando que este tivesse um acréscimo do valor da sua meação devido à inclusão, no cálculo do património comum, de bens que o outro cônjuge tivesse levado para o casamento ou tivesse adquirido a título gratuito⁶¹, em quantidade ou valor superiores. Nestes casos, aplicar-se-ia a partilha segundo o regime da comunhão de adquiridos aos casamentos celebrados em comunhão geral. Assim, evitar-se-ia também a celebração de casamentos com móbil económico, com o intuito de um cônjuge se locupletar à custa do outro, sendo o casamento um “*meio de adquirir*”⁶².

PEREIRA COELHO/ GUILHERME DE OLIVEIRA⁶³ salientam que só haveria lugar à aplicação da norma, punindo-se o culpado, se se preenchessem certos requisitos. A norma teria carácter imperativo, não podendo o cônjuge inocente renunciar à sua proteção nem o culpado receber na partilha mais do que receberia se

⁶⁰ Cfr. OLIVEIRA (2010:17-18). Para o autor, a natureza protetora da norma era meramente ilusória, só se aplicando se se verificassem vários pressupostos cumulativos

⁶¹ “*por força do regime da comunhão geral (ou de um regime atípico mais intenso que o da comunhão de adquiridos), e não resultavam de um esforço comum, pelo que do valor dos mesmos não deveria beneficiar o cônjuge declarado único ou principal culpado pelo fim do casamento*” PEDRO (2011:439-440)

⁶² COELHO/ OLIVEIRA (2011:671-672)

⁶³ *Idem*, 672-673

o casamento tivesse sido celebrado em regime de comunhão de adquiridos⁶⁴, tal não significando, porém, uma substituição de regimes. Aquele que tivesse vigorado no casamento aplicar-se-ia apenas na fase de liquidação do passivo da comunhão, sendo aplicado o regime da comunhão de adquiridos na fase da partilha e inventário da massa líquida comum⁶⁵.

O atual art.1790.º prevê que, na partilha pós-divórcio, nenhum dos cônjuges pode receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado em regime de comunhão de adquiridos. Apesar de se assemelhar à anterior, esta regra tem pressupostos distintos, advindos das modificações operadas pela Lei 61/2008, sendo completamente nova⁶⁶.

Tendo decaído a relevância da culpa no divórcio para a aplicação do 1790.º, desaparecendo o divórcio-sanção, a norma aplicar-se-á sempre que o casamento se dissolva por divórcio, independentemente do regime estipulado pelos cônjuges, à exceção do regime de separação de bens, que não carece de partilha. Sendo a norma imperativa, não poderão os cônjuges proceder, por acordo, à partilha nos termos do regime de comunhão geral convencionado, tão pouco poderão afastar tal consequência por estipulação em convenção antenupcial⁶⁷.

CRISTINA DIAS⁶⁸ encara tal regra como uma limitação injustificada à autonomia privada e à liberdade contratual dos cônjuges, pois é imposta a partilha num regime diverso daquele que os cônjuges possam ter estipulado e *“só no caso de o casamento se dissolver por morte é que a vontade previamente manifestada pelos nubentes, em convenção antenupcial, será respeitada”*⁶⁹ 70. Se estes houverem estipulado um regime de comunhão geral para comunicar certos bens, pretendendo que a partilha se faça de acordo com tal regime, seja o casamento dissolvido por morte ou divórcio, verão a sua vontade frustrada com a aplicação do normativo⁷¹.

Segundo RUTE PEDRO a norma tem uma aplicação “cega”, na medida em que o valor da meação de cada cônjuge no património comum será o valor apurado

⁶⁴ A norma serviria de sanção, punindo o cônjuge culpado no divórcio, desde que fosse este o que menos bens tivesse levado ou adquirido no casamento, PEDRO (2011:440-441)

⁶⁵ MEALHA (2009:81)

⁶⁶ XAVIER (2012:530)

⁶⁷ *Idem*, 527

⁶⁸ DIAS (2009:27)

⁶⁹ *Idem*, 27

⁷⁰ OLIVEIRA (2010:18)

⁷¹ DIAS (2011:27-28)

de acordo com o regime da comunhão de adquiridos, ou seja, “*consideram-se apenas os bens que seriam comuns segundo o regime de comunhão de adquiridos, e que, usando uma fórmula sintética e impressiva, serão os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento*”⁷², excluindo-se os bens levados para o casamento ou adquiridos gratuitamente. Não será uma consideração de cada bem individual mas do seu valor, pois não haverá uma substituição do regime de comunhão geral pela comunhão de adquiridos, não se prevendo que os cônjuges encabeçam os bens que eram seus antes do casamento. Simplesmente os cônjuges não poderão receber mais do que receberiam conforme o cálculo da partilha na comunhão de adquiridos.

Todos os bens que sejam comuns segundo o regime da comunhão geral deverão ser considerados para efeitos da relação de bens e inventário mas o valor da meação de cada cônjuge será distinto do que resultaria da partilha segundo esse regime, apurando-se nos termos do regime da comunhão de adquiridos⁷³.

No entendimento de RUTE PEDRO, só fará sentido aplicar a norma a casamentos regidos pela comunhão geral de bens ou por um regime atípico de comunhão, desde que mais intensa do que o da comunhão de adquiridos, de modo a que “*a partilha do património comum não possa proporcionar a oportunidade de um dos cônjuges obter vantagens patrimoniais que não encontram a sua causa no esforço de ambos desenvolvido durante o casamento*”⁷⁴.

Por outro lado, a norma aplicar-se-á apenas quando o casamento for dissolvido por *divórcio*, pois se o for por morte, a partilha irá reger-se pelo regime do casamento. Assim se evita o casamento como *meio de adquirir*, fazendo-se uma repartição mais justa do património com a partilha segundo o regime da comunhão de adquiridos, “*por conduzir à partilha apenas do produto do esforço conjunto dos cônjuges*”⁷⁵.

Outro aspeto que vem sido debatido na doutrina desde a entrada em vigor da nova norma do art.1790.º é o âmbito da sua aplicação no tempo e as consequências da mesma, entendendo RITA LOBO XAVIER que a sua aplicação imediata poderá

⁷² PEDRO (2011:448)

⁷³ DIAS (2011:28)

⁷⁴ PEDRO (2011:449)

⁷⁵ *Idem*, 453

lesar expectativas ou direitos dos cônjuges que casaram no regime da comunhão geral antes da sua entrada em vigor⁷⁶.

A norma não se aplicará a processos pendentes em tribunal, aplicando-se somente a novos processos, instaurados após a entrada em vigor da lei⁷⁷. Com isto, poderá acontecer que o divórcio seja decretado nos termos da lei antiga e a partilha, porque intentada depois da entrada em vigor da nova lei, obedeça às regras da mesma (distintas das que vigoravam aquando da celebração do casamento), apesar de ser uma ação diretamente relacionada com a anterior ação de divórcio. Por existir esta conexão, entende CRISTINA DIAS⁷⁸ que nestes casos deverá aplicar-se a lei antiga, caso contrário serão afetadas as “*relações jurídicas já constituídas, regidas por um regime de bens diferente daquele pelo qual se realizará a partilha*”⁷⁹, podendo a partilha gerar injustiças⁸⁰.

RUTE PEDRO⁸¹ entende que a *confiança juridicamente sustentada* dos cônjuges no regime de bens escolhido ficará comprometida com a aplicação da nova norma, diferente da que vigorava aquando da celebração do casamento, nos casos de casamentos celebrados antes da entrada em vigor da lei, defendendo que essa aplicação será inconstitucional “*por violação do princípio da protecção da confiança dos cidadãos e da segurança jurídica*”⁸².

5.2 – Processo de Inventário

A partilha poderá ser requerida por via administrativa ou judicial, através do processo de inventário. Se ambos chegarem a um consenso, a partilha efetuar-se-á extrajudicialmente, pela via administrativa ou através de escritura pública notarial. Prevê o art.1775.º/1, al. a) a situação de acordo dos cônjuges quanto à resolução da partilha na Conservatória, a par do processo de divórcio.

Se não houver concórdia entre cônjuges, procede-se a *inventário* para partilha, nos casos de casamentos regidos por um regime de comunhão, típico ou

⁷⁶ XAVIER (2012:533)

⁷⁷ Cfr. arts.9.º e 12.º/2 da Lei 61/2008 de 31/10

⁷⁸ DIAS (2009:29)

⁷⁹ *Idem*, 31

⁸⁰ *Idem*, 31; no mesmo sentido, PEDRO (2011:464)

⁸¹ PEDRO (2011:464)

⁸² *Idem*, 467; no mesmo sentido, DIAS (2011:31, NR31)

atípico⁸³. Instituído pela Lei 29/2009 de 29/6⁸⁴ e aprovado pela Lei 23/2013 de 5/3, o processo de inventário aplicar-se-á, segundo esse regime, à partilha derivada da extinção da comunhão conjugal⁸⁵. Se anteriormente a este regime a competência para realizar o inventário pertencia aos tribunais (correndo por apenso ao processo de divórcio), atualmente estes terão apenas um controlo geral do processo^{86 87}, pertencendo a competência para tramitar e decidir o inventário aos serviços de registo e aos cartórios notariais.

Para requerer o processo de inventário, terão as partes de identificar-se a si e aos seus credores, identificar a convenção antenupcial e eventuais doações e apresentar uma relação de bens, que indicará os bens imóveis, móveis, os direitos de crédito e o respetivo valor. O cabeça-de-casal deverá “*relacionar todos os bens comuns, de acordo com o regime de comunhão de adquiridos, as dívidas a terceiros que onerem o património comum, as dívidas entre cônjuges, bem como as “compensações” de patrimónios*”⁸⁸.

Após citação de todos os interessados, terá o cônjuge requerido a possibilidade de se opor ao inventário ou reclamar da relação de bens, se entender que falta a relação de bens, que foram relacionados bens indevidamente ou que a descrição dos bens é inexata. É dada, então, oportunidade de contraditório ao cabeça-de-casal, para retificação da relação.

Posteriormente, já determinados os bens a partilhar, realiza-se a conferência de interessados, na qual se irá definir a composição dos quinhões dos ex-cônjuges, se irá aprovar o passivo e se procederá a eventuais licitações, as quais terão lugar em caso de dissenso entre os ex-cônjuges sobre o preenchimento dos seus quinhões, tendo cada um a oportunidade de arrematar os bens que lhes interessarem. Finalmente, o conservador ou notário proferirá a decisão da partilha.

Cumpra, então, desconstruir o processo efetivo de partilha, nas suas várias fases.

⁸³ LEAL (2014:82-83)

⁸⁴ cfr. COSTA (2013:14815, NR4)

⁸⁵ CHAVES (2010:207)

⁸⁶ LEAL (2014:82)

⁸⁷ CHAVES (2010:209)

⁸⁸ RAMIÃO (2011:123)

5.3 – Operações da partilha

Nas palavras de TOMÉ RAMIÃO⁸⁹, a “*partilha visa a liquidação do património comum, apurando-se o valor do ativo comum líquido, através do cálculo das compensações e da contabilização das dívidas a terceiros e entre os cônjuges*”.

Terminadas as relações patrimoniais entre os cônjuges, será necessário proceder à liquidação dos bens, à *partilha*, dividindo-se os patrimónios de cada um e os bens comuns, de acordo com o regime de bens que vigorou durante o casamento, tendo essa regra como exceções os arts.1719.º e 1790.º.

Nesta fase, o regime de bens irá determinar o que pertence a um cônjuge e a outro, obedecendo-se sempre à regra da metade (art.1730.º). Por sua vez, o art.1689.º prevê o processamento em caso de partilha, estabelecendo que os cônjuges receberão os seus bens próprios e a sua meação no património comum, depois de liquidadas as dívidas ao património comum e a terceiros.

Existindo dívidas a terceiros, o pagamento será feito, consoante se trate de dívidas de um ou da responsabilidade dos dois cônjuges, através do património do cônjuge devedor ou do património comum. Relativamente às dívidas próprias de cada cônjuge, responderão os seus bens próprios e, subsidiariamente, a sua meação nos bens comuns (art.1696.º/1).

Até se alcançar a partilha efetiva dos bens, ter-se-á de respeitar uma sequência de operações: “*a separação de bens próprios, como operação ideal preliminar; a liquidação do património comum, destinada a apurar o valor do ativo comum líquido, através do cálculo das compensações e da contabilização das dívidas a terceiros e entre os cônjuges; e a partilha propriamente dita*”⁹⁰.

5.3.1 - A separação dos bens próprios

Separar-se-ão primeiro os bens próprios de cada cônjuge, para que as operações seguintes não envolvam bens próprios mas somente bens comuns. Trata-se de “*um simples pressuposto, uma operação ideal de exclusão, que não se documenta*

⁸⁹ RAMIÃO (2011:124)

⁹⁰ COELHO/ OLIVEIRA (2011:428-429)

*nem deixa rasto*⁹¹. Será uma operação simples, se não houver relação indevida de bens, levantando dúvidas sobre a titularidade dos mesmos, que será discutida em sede própria, em ação comum. Não havendo dúvidas, separam-se os bens próprios dos bens comuns, os quais não intervêm nesta fase⁹².

5.3.2 - A liquidação do património comum

Como refere ANA LEAL⁹³, a liquidação do património terá como objetivos essenciais “*a satisfação dos encargos e dívidas da sociedade conjugal ainda por cumprir, a materialização do equilíbrio entre os diversos patrimónios, de modo a que não haja enriquecimento de um deles à custa do outro*”.

Relacionando-se primeiramente os bens e direitos comuns, segundo o regime vigente no casamento e com a ressalva das exceções dos arts.1719.º e 1790.º, seguir-se-á o cálculo do ativo comum líquido, através da “*correção de desequilíbrios pelo mecanismo das compensações e o pagamento de dívidas*”⁹⁴ que existam perante terceiros e entre os próprios cônjuges⁹⁵. Assim, ter-se-á em conta o que *os cônjuges devem ao património comum*, o que *deve o património comum a um dos cônjuges* e o que *os cônjuges devem a terceiros*.

As compensações servirão para correção de eventuais desequilíbrios que tenham existido na constância do casamento, resultantes de transferências entre os patrimónios dos cônjuges ou entre os seus patrimónios e o património comum e vice-versa (art.1697.º). Desse modo, cria-se no seio conjugal “*uma espécie de conta-corrente entre o património comum e os patrimónios próprios, uma conta que se fecha apenas no momento da partilha*”⁹⁶.

Para evitar desigualdades e enriquecimentos indevidos das massas patrimoniais e para determinar o ativo comum, realizam-se as *compensações*, que se iniciam pela determinação do património que responderá pelas dívidas dos cônjuges ao património comum e do património comum aos patrimónios próprios dos cônjuges (1689.º/1), tendo de ser feitas estas compensações à massa comum antes do

⁹¹ *Idem*, 429

⁹² *Idem*, 429

⁹³ LEAL (2014:71)

⁹⁴ DIAS (2011:21)

⁹⁵ RAMIÃO (2011:124)

⁹⁶ COELHO/ OLIVEIRA (2011:430)

pagamento das dívidas comuns, para que não se frustrem os direitos dos credores⁹⁷, assim como as compensações da massa comum a um dos cônjuges deverão ser apuradas e imputadas a esse cônjuge credor antes do pagamento das dívidas e liquidação do passivo, para que integrem o passivo da comunhão⁹⁸.

Portanto, prevê-se primeiramente o apuramento do ativo da comunhão, através das compensações previstas nos arts.1689.º/1, 1697.º, 1722.º/2, 1723.º, al. c), 1726.º/2, 1727.º/2 e 1728.º/1, e ainda do crédito compensatório atribuído ao cônjuge que haja contribuído de forma excessiva para os encargos da vida familiar⁹⁹ (art.1676.º/2), para que depois se possa apurar o passivo e proceder ao pagamento das dívidas.

Poderão existir dívidas de um cônjuge ao outro, que serão pagas preferencialmente pela meação do cônjuge devedor na massa comum e, na sua insuficiência, pelos seus bens próprios (art.1689.º/3). Havendo passivo a liquidar por dívidas a terceiros, serão pagas primordialmente as dívidas comuns até ao valor do património comum e só depois de estas estarem saldadas é que serão pagas as restantes, as próprias (arts.1689.º/2 e 1696.º). Na insuficiência do património comum para o pagamento das dívidas comuns, estas serão pagas com os patrimónios próprios dos cônjuges, os quais pagam indistintamente todas as dívidas, próprias e comuns¹⁰⁰, verificando-se um regime de solidariedade que protege os credores comuns (art.1695.º/1).

Encontrando-se pagas as dívidas e as compensações, poder-se-á proceder à última operação – a partilha.

5.3.3 - A partilha propriamente dita – adjudicação de bens

Nesta operação só será partilhado o ativo comum líquido, os bens comuns que restem após a realização das operações de liquidação. A partilha irá respeitar as regras do regime de bens vigente no casamento com a ressalva das exceções legais dos arts.1719.º e 1790.º, tendo-se também em consideração as “atribuições

⁹⁷ LEAL (2014:72)

⁹⁸ DIAS (2011:21)

⁹⁹ DIAS (2009:61-77); OLIVEIRA (2010:18-20); COELHO/ OLIVEIRA (2011:430-441); XAVIER (2000:394-405)

¹⁰⁰ COELHO/ OLIVEIRA (2011:441)

preferenciais” que a lei prevê: atribuição preferencial de certos bens a um dos cônjuges, pela especial ligação que tenha com os mesmos (art.1731.º), como por ex. instrumentos de trabalho de um dos cônjuges que tenham entrado na comunhão¹⁰¹; atribuição preferencial do direito de habitação da casa de morada da família e direito de uso do seu recheio ao cônjuge sobrevivente (art.2013-A.º)¹⁰².

¹⁰¹ *Idem*, 444

¹⁰² DIAS (2011:23)

Capítulo II - A LIQUIDAÇÃO DO REGIME DA COMUNHÃO E A DIVISÃO DOS BENS NO CONTEXTO DO DIVÓRCIO

1 – A proposta de liquidação do regime da comunhão e a divisão dos bens como pressuposto do divórcio por mútuo consentimento

A partilha dos bens do casal na sequência do divórcio nem sempre resulta de um ato imediatamente posterior à decretação do mesmo, prolongando-se, muitas vezes, uma situação de indivisão do património comum do ex-casal, o qual permanece uma massa indivisa, com um único direito de propriedade dos cônjuges sobre a mesma. No entanto, torna-se imperativo que os cônjuges procedam à partilha dos seus bens comuns num breve período de tempo, seguidamente ao divórcio, para que fique estabelecido o que pertence a cada um e se evitem futuros problemas de titularidade de bens adquiridos na pendência ou posteriormente ao divórcio. Como refere ESPERANÇA MEALHA¹⁰³, não obstante a natureza tendencialmente transitória da situação de indivisão pós-comunhão, esta poderá perdurar por tempo indeterminado, “*suscitando problemas próprios das relações de contitularidade*”.

Uma forma de evitar o adiamento da questão da partilha para um momento indefinido, posterior ao divórcio, seria a exigência legal da realização/ redação de acordos de partilha entre os cônjuges, ainda no processo de divórcio por mútuo consentimento. Estes seriam um modo eficaz de “organização” do próprio divórcio, para que o processo se desenrolasse de forma mais simplificada e não deixasse pendente um assunto tão importante como a partilha dos bens de um ex-casal que deixa de ter um vínculo a uni-lo e cujas relações muitas vezes se tornam hostis.

Contudo, não prevê a lei portuguesa a obrigatoriedade destes acordos, a par da exigência de acordo entre os cônjuges no âmbito dos *acordos complementares* no divórcio por mútuo consentimento, relativamente à casa de morada de família, pensão de alimentos e responsabilidades parentais. De facto, a lei apenas prevê a possibilidade da junção, com o requerimento de divórcio por mútuo consentimento, de um acordo sobre a partilha ou pedido de elaboração do mesmo (art.1775.º/1 e arts.272.º e 272.º-A CRC), no caso de pretenderem os cônjuges realizar a partilha na Conservatória em simultâneo com o divórcio, tratando-se somente de um

¹⁰³ MEALHA (2009:77)

“*procedimento simplificado de partilha do património conjugal*”¹⁰⁴, que se aplica apenas aos divórcios tratados pela via administrativa. Na verdade, se os cônjuges intentarem a ação de divórcio em tribunal, não terão esta possibilidade; e também se optarem apenas pelo divórcio na Conservatória, não poderão posteriormente utilizar o balcão dos divórcios para realizar a partilha, pois o processo de divórcio com partilha “*pressupõe a continuidade dos atos, um atendimento presencial único e o atendimento prévio para esse efeito*”¹⁰⁵. Por outro lado, a recusa de homologação do referido acordo não obstará à decretação do divórcio.

RITA LOBO XAVIER¹⁰⁶ lamenta que a lei portuguesa não tenha acompanhado parte das legislações europeias que preveem a partilha dos bens no contexto do divórcio, frisando que se compreende, contudo, a opção legislativa, uma vez que tal imposição iria contrariar a intenção da lei de “*facilitar e agilizar os procedimentos de ruptura conjugal*”. Entende a autora que os contratos sobre a partilha com efeitos diferidos para o momento posterior ao divórcio têm uma grande utilidade, pois será vantajoso deixar estabelecido logo de início o destino dos bens, sem esperar pelo trânsito em julgado da sentença, uma vez que os cônjuges, depois do divórcio, tendem a permanecer durante muito tempo na indivisão, sem proceder à partilha; por outro lado, quando chega a altura da partilha, muitas vezes “*o processo de divórcio agudizou os conflitos e inviabilizou as soluções consensuais*”¹⁰⁷. Neste sentido, considera adequado que a lei portuguesa “*passse a considerar como requisito do divórcio por mútuo consentimento a apresentação de um projeto regulador das respetivas consequências, nomeadamente as que se referem à liquidação do regime de bens*”, sendo também importante prever a ordem do tribunal no sentido de proceder à liquidação e partilha patrimonial, bem como a competência deste para decidir os pedidos de manutenção na indivisão ou de atribuição preferencial¹⁰⁸.

ESPERANÇA MEALHA¹⁰⁹ explica que o ordenamento jurídico português é dos poucos, a nível europeu, que não estabelecem legalmente a previsão de um acordo de partilha no âmbito do processo de divórcio, havendo somente a possibilidade de apresentação de um acordo com o requerimento de divórcio por

¹⁰⁴ RAMIÃO (2011:43)

¹⁰⁵ RAMIÃO (2011:48)

¹⁰⁶ XAVIER (2010:16) e (2012:537)

¹⁰⁷ XAVIER (2000:297)

¹⁰⁸ *Idem*, 299

¹⁰⁹ MEALHA (2009:83)

mútuo consentimento na Conservatória (art.1775.º/1, al. a)), conforme referimos, e que o recurso ao mesmo é pouco frequente, devido às incertezas criadas pela omissão legislativa quanto a este aspeto. Salienta também que, por esse motivo e para contornar tal obstáculo, é prática comum a celebração de contratos-promessa de partilha e escrituras de partilha sob condição¹¹⁰.

Com efeito, como refere a autora¹¹¹, a admissibilidade das partilhas condicionais, previstas nos negócios jurídicos referidos, traduz “*o paradoxo de uma solução que, por falta de previsão legal expressa, empurra o acordo de partilha entre os cônjuges para fora do processo de divórcio*”. Reconhece que estes negócios são soluções vantajosas, que “*promovem o mútuo acordo entre os cônjuges, evitando potenciais conflitos futuros*”, mas entende que se deve ir mais além, referindo que “*o interesse público que está subjacente a esta vantagem seria melhor tutelado através da obrigatoriedade de junção do acordo sobre a partilha dos bens comuns no processo de divórcio por mútuo consentimento*”. Posição com a qual não poderíamos estar mais de acordo.

No mesmo sentido, argumenta¹¹² que a lei substantiva não prevê mas também não proíbe a junção de tal acordo, encarando esta omissão como injustificada e prejudicial, na medida em que, já depois de decretado o divórcio, se obriga os cônjuges a prolongar o contacto mútuo para que cheguem a um entendimento sobre a partilha dos bens, “*quando a natureza das coisas indicia que tal entendimento não pode ser separado do acordo global sobre o divórcio*”. Por outro lado, salienta que o resultado desta omissão poderá traduzir-se em conflitos entre os cônjuges, levando a processos de inventário para partilha dos bens.

A previsão, no processo de divórcio, desta obrigação de elaboração de acordos sobre a partilha dos bens na pendência da ação de divórcio, “*sob a égide fiscalizadora do tribunal*”, existe já em vários países europeus, nos quais o divórcio por mútuo consentimento é da competência dos tribunais, como é o caso de França e Espanha, conforme clarifica a autora¹¹³.

¹¹⁰ *Idem*, 89

¹¹¹ *Idem*, 123

¹¹² MEALHA (2009:86-92)

¹¹³ *Idem*, 83-92

No mesmo sentido, GUILHERME DE OLIVEIRA¹¹⁴ entende que seria vantajoso deixar resolvida a questão da partilha no momento do divórcio, através de um *acordo de partilha do património comum*. Tal acordo, ao estabelecer a divisão concreta dos bens, facilitaria também a elaboração dos acordos complementares relativos à casa de morada da família e à pensão de alimentos, uma vez que já se saberia, *a priori*, o que cada cônjuge iria receber na partilha dos bens comuns e seria mais fácil estabelecer quem ficaria a viver na casa de morada da família, quanto se pagaria de pensão de alimentos para os filhos e qual dos cônjuges necessitaria também de alimentos. Como refere o autor, estes acordos complementares “*são menos consistentes se a questão da partilha ficar adiada, porque os cônjuges não podem adivinhar como vai ser o resultado prático e económico da divisão futura dos bens*”.

Explica que na Reforma do CC em 1977 ter-se-á pretendido incluir a partilha em quarto lugar como tema dos acordos complementares mas esta não terá sido considerada tão urgente quanto os outros três temas, tendo-se entendido que poderia constituir um entrave ao decretamento do divórcio por mútuo consentimento, que só seria obtido com a homologação de todos os acordos, podendo resultar na obrigação dos cônjuges recorrerem à “*via traumática do processo litigioso*”.

Na Reforma de 2008, entendeu-se que os três temas já previstos seriam imperativos, relegando-se a partilha para segundo plano, de tratamento menos urgente em sede de processo de divórcio. Mas entende o autor que, pelo facto de a homologação de todos os acordos ter deixado de ser requisito de deferimento do pedido e passado a ser apenas condição para a competência das conservatórias nos processos de divórcio, podendo o divórcio por mútuo consentimento ser obtido em tribunal, não haveria razão para não se ter incluído a partilha nos temas dos acordos complementares.

Terá prevalecido, então, a intenção de evitar as eventuais demoras que poderia significar a exigência do acordo obrigatório de partilha como quarto acordo complementar, sobre a “*vantagem de resolver em bloco todas as questões patrimoniais*”¹¹⁵, opção legislativa com a qual o autor discorda¹¹⁶.

¹¹⁴ OLIVEIRA (2010:8-9)

¹¹⁵ *Idem*, 9

¹¹⁶ Entende que uma exigência de realização da partilha propriamente dita seria importante, na medida em que permitiria “*esclarecer logo um aspecto importante e de resolução difícil*”, não se correndo o

Seguimos a posição dos autores, entendendo que a previsão legal de um *acordo de partilha* no âmbito dos acordos complementares do divórcio por mútuo consentimento seria a solução de um problema que normalmente é adiado indefinidamente, muitas vezes com consequências menos boas para um dos cônjuges e com o agravar das relações já precárias entre os ex-cônjuges. Simultaneamente, seria resolvido também o problema de interpretação sobre a (in)admissibilidade dos acordos prévios celebrados pelos cônjuges, que são prática comum no nosso país devido à omissão legislativa, nomeadamente o contrato-promessa de partilha dos bens comuns, a escritura de partilha sob condição e as cláusulas de partilha previstas na convenção antenupcial (temas que trataremos a diante).

1.1 – Apresentação da relação especificada dos bens comuns

Alguns outros autores¹¹⁷ encaram a *relação especificada de bens* como uma declaração inútil, que não se substitui nunca à própria partilha e que acaba por se revelar um quarto acordo entre os cônjuges no processo de divórcio por mútuo consentimento, cuja finalidade é duvidosa e sem sentido.

Na verdade, tal documento não se relaciona diretamente com o processo de divórcio mas sim com a posterior fase da partilha dos bens comuns e será nesse momento que se verificará a sua utilidade e importância.

Para PINTO FURTADO¹¹⁸, a relação especificada será um documento informativo e confessório, representando um negócio jurídico: “A *relação especificada de bens*, mais que um simples acto jurídico, representa um verdadeiro negócio jurídico, que deve produzir efeitos jurídicos. Tal relação traduz-se basicamente num documento informativo (isto segundo a classificação doutrinária dos documentos em função da declaração \ documentada, classificação essa que

risco de ser vedada a via do mútuo consentimento no divórcio, sendo somente remetido o processo de divórcio para o tribunal. Neste sentido, encontra justificação para o acréscimo dos “acordos complementares” com um acordo sobre a partilha, OLIVEIRA (2010:11)

¹¹⁷ Cunha Gonçalves e Afonso Patrão

¹¹⁸ Pinto Furtado, RDES, Ano XXV, n.ºs 1-2, p. 34, citado no Ac. do TRE de 8-7-2008, no qual se refere que a “*relação de bens não pode constituir um nada jurídico, algo de irrelevante e insusceptível de vincular as partes. 9. Nelas há um resquício de vontade (pois que não deixam de ter um mínimo de conteúdo preceptivo e constitutivo), na medida em que revelam, não simplesmente aquilo que cada uma das partes entende sobre os bens comuns, mas um acto convergente das partes sobre quais são os bens comuns (não faria sentido, nem tal relação satisfaria aos fins legais, se se consignassem nela declarações não coincidentes).*”

distingue entre documentos negociais e informativos). Informativo porém de fatos próprios dos respetivos autores, pelo que deve ser tido como documento confessorio”.

Inversamente, entende RITA LOBO XAVIER¹¹⁹ que a relação especificada de bens comuns será um documento particular, no qual se encontram as declarações dos cônjuges relativamente aos bens que consideram ser comuns, bem como as respetivas assinaturas de ambos. Mas estas não serão declarações de vontade, não se podendo entender que o documento seja “constitutivo ou dispositivo”, uma vez que os cônjuges não procedem a uma declaração de vontade que produza qualquer alteração na esfera jurídica de cada um deles. Na verdade, tratar-se-á de «*um documento “informativo ou narrativo”, que descreve situações, contendo “declarações de ciência”. A própria afirmação de que “o imóvel X é bem comum”, incluindo em si mesma uma qualificação jurídica, não deixa de afirmar, indirecta e implicitamente, o conhecimento sobre os factos que constituem os pressupostos dessa qualificação (concretamente, a data e a natureza da aquisição do imóvel X)*».

Tendo uma força probatória “formal” praticamente inquestionável, pois é o documento assinado por ambos os cônjuges na presença de uma autoridade pública, o que lhe confere autenticidade, o mesmo não se poderá afirmar com tanta certeza relativamente à força probatória “material”. Quanto a esta, poderão surgir alguns problemas suscitados pelos cônjuges, invocando um deles, por ex., o desconhecimento do conteúdo da declaração, apesar de a ter assinado. Nesse caso, pertencer-lhe-á o ónus de provar o que considera estar errado no conteúdo do documento: provar a existência de outros bens comuns que não estejam descritos, ou a relação de bens que não são comuns, ou um valor distinto do que foi declarado.

Entende a autora¹²⁰ que a relação de bens “*não integra declarações de vontade e o seu conteúdo não pode ser considerado como um acto de natureza negocial*”, sendo «*um documento que não tem como conteúdo um “acordo” dos cônjuges semelhante aos “acordos complementares” que a lei exige*». E isso verifica-se pelo facto de ser a lei a estabelecer a qualificação dos bens como próprios ou comuns, integrantes de uma massa patrimonial ou de outra, não deixando tal

¹¹⁹ XAVIER (2009:17)

¹²⁰ *Idem*, 19-20

aspecto dependente da vontade das partes. Não se entenderá também que o documento tenha natureza confessória, pois “*a confissão consiste numa declaração de ciência, no reconhecimento da realidade de um facto*” mas “*as declarações dos cônjuges envolvem fatos cujo reconhecimento a lei não permite, pelo que também não pode ser admitida a confissão*”.

Por último, e como já foi referido, este documento de relação de bens terá uma utilidade notória no processo de partilha, nomeadamente no processo de inventário. Neste, o cônjuge mais velho, cabeça-de-casal, terá de relacionar as dívidas e todos os bens que devem integrar o inventário, tendo o outro cônjuge a possibilidade de o contradizer. Ora, apesar de a relação de bens no processo de inventário não se confundir com a relação especificada de bens comuns exigida no divórcio por mútuo consentimento, a verdade é que esta última poderá “*realizar naquele processo uma função importante no contexto da produção e apreciação da prova relativa às reclamações do outro cônjuge*”¹²¹. Na medida em que constitui um documento com valor probatório específico, comprovativo das anteriores declarações dos cônjuges, terão estas de ser refutadas com prova em contrário, no caso de um dos cônjuges pretender contrariar a sua declaração plasmada na relação de bens do processo de divórcio, como salienta a autora.

Assim, verifica-se que “*caso não haja acordo numa partilha extrajudicial, a relação dos bens comuns constitui um elemento instrumental para a futura instauração do processo de inventário*”¹²², servindo também para proteger os cônjuges, conferindo-lhes um meio de prova, no caso de haver uma futura sonegação de bens comuns, visto que se trata de “*um documento que pode ser apresentado noutros processos e que tem um particular valor probatório: o cônjuge que ulteriormente vier a negar a existência, a qualificação ou o valor de um bem incluído na lista assinada por ambos é que terá o encargo da prova de que este existe, de que não lhe deve ser reconhecida tal qualificação ou atribuído aquele valor*”¹²³.

Neste sentido também, o Ac. do STJ de 02-11-2010: “*A relação especificada dos bens comuns não importa o acordo dos cônjuges quanto à partilha dos*

¹²¹ *Idem*, 22

¹²² FIALHO (2012:22)

¹²³ XAVIER (2009:26)

respectivos bens, o que significa que se destina, tão-só, a protegê-los contra os riscos de, após o divórcio, virem a ser surpreendidos com a acusação da respectiva omissão”.

Refere GUILHERME DE OLIVEIRA¹²⁴ que “*A relação especificada dos bens comuns tem aquele valor probatório, que é a sua utilidade absoluta*”. Contudo, entende o autor que, não se tratando de um assunto de carácter tão urgente e indispensável quanto o dos três acordos complementares, é desproporcionada a sua imposição a par dos mesmos. Por outro lado, entende que só terá relevância prática no caso de haver uma sonegação dos bens por parte de algum dos cônjuges, sendo que haverá também a hipótese de desacordo entre estes quanto ao conteúdo da relação especificada, tornando a questão mais difícil de resolver, porquanto o tribunal não poderá decidir pelos cônjuges. Assim, defende que a exigência de uma relação especificada de bens comuns terá “*pequena utilidade*”, que se alia às “*consequências nefastas resultantes de um desacordo persistente entre os cônjuges, para o qual a lei não tem soluções aceitáveis*”, pelo que será duvidosa a vantagem da manutenção dessa mesma exigência, uma vez que a mesma “*produz um resultado eventual e modesto, comparado com os danos que pode provocar*”.

1.2 - O “Convenio Regulador de Gananciales”

Como alude ESPERANÇA MEALHA, Portugal “*apresenta-se mais ou menos isolado na Europa, no que respeita ao tratamento que confere à partilha dos bens comuns em sede de processo de divórcio por mútuo consentimento*”¹²⁵, referindo que em Espanha, quando os cônjuges requerem o divórcio, têm obrigatoriamente de fazer acompanhar esse requerimento de um *convenio regulador* dos seus efeitos, o qual inclui a *liquidación del régimen económico del matrimonio* a par dos acordos sobre a casa de morada da família, responsabilidades parentais e pensão de alimentos, previstos também na nossa lei. O referido *convenio* prevê medidas transitórias e medidas definitivas, e estará sujeito a aprovação do juiz que, além do poder de fiscalização, terá também o poder de decidir e determinar medidas respeitantes à administração, disposição e partilha dos bens comuns¹²⁶.

¹²⁴ OLIVEIRA (2010:9-10)

¹²⁵ MEALHA (2009:83)

¹²⁶ *Idem*, 90

No ordenamento jurídico espanhol, tal como no português, o estatuto patrimonial regula-se por um regime de bens, um *régimen económico matrimonial*, estabelecido entre os cônjuges numa figura semelhante à convenção antenupcial, as *capitulaciones matrimoniales* (art.1325.º e ss CCEsp) e, na falta de estipulação das partes, aplica-se o regime de bens supletivo, a *sociedad de gananciales*¹²⁷(art.1344.º e ss CCEsp). Este é um dos regimes de comunhão, idêntico ao regime de comunhão de adquiridos, sendo o outro regime denominado *régimen de participación*, idêntico à comunhão geral. Ambos dissolver-se-ão com a dissolução do matrimónio por morte, divórcio, nulidade ou por separação judicial, decisão judicial a pedido de um dos cônjuges (art.1392 e 1393 CCEsp), ou por previsão nas *capitulaciones matrimoniales*. Dissolvida a comunhão, seja em *sociedad de gananciales*, seja em *régimen de participación*, procede-se posteriormente à sua liquidação.

A liquidação não poderá começar antes da dissolução do matrimónio mas permite a lei que possa começar em simultâneo com o processo de divórcio, não podendo, contudo, concluir-se até que seja decretada a sentença¹²⁸. Poderão os cônjuges proceder à liquidação através de um *convenio regulador* mas isso só será possível no caso de se tratar de um divórcio por mútuo consentimento, pois tratando-se de divórcio sem acordo entre os cônjuges, a liquidação terá de ser feita noutro procedimento¹²⁹.

A exigência do *convenio regulador* no âmbito do divórcio por mútuo consentimento surgiu com a Ley 30/1981 de 7 de Julho e encontra-se prevista no art. 86 com remissão para o 81 e 90 do CCEsp¹³⁰. Este documento encontra relevância prática numa altura em que os cônjuges se acham numa situação de conflito matrimonial ao qual querem pôr fim, através do término do matrimónio, acordando, por isso, as consequências pessoais e patrimoniais desse mesmo término. Tais consequências serão plasmadas no documento próprio, o *convenio regulador*,

¹²⁷ Exceto na Catalunha, Aragão, País Basco, Navarro e Baleares, onde se aplica o direito do território, que estabelece supletivamente um regime económico matrimonial próprio. “*el régimen económico matrimonial*”, consultado em: <http://guia.lexespana.com/familia/matrimonio/regimen-economico-matrimonial/>

¹²⁸ “*La ley si permite iniciar la liquidación de gananciales mientras se tramita el procedimiento de divorcio, si bien no podrá concluirse hasta que no se haya dictado la sentencia de divorcio*”, <http://www.separacionsintraumas.com/index.php/liquidacion-ganancial.html>

¹²⁹ “*Cuando el divorcio es sin acuerdo entre los cónyuges, mal denominado contencioso, la liquidación de gananciales solo puede llevarse a cabo en un procedimiento independiente, pudiendo iniciarlo cualquiera de los cónyuges*”, <http://www.separacionsintraumas.com/index.php/liquidacion-ganancial.html>

¹³⁰ Cfr. Anexo

apresentado ao juiz para que o incorpore na sentença de divórcio¹³¹. Assim, não bastará que os cônjuges cheguem a um consenso, será necessária a aprovação do tribunal, que não existirá se houver prejuízo para os filhos ou para algum dos cônjuges, como se prevê no art. 90 do CCEsp. Este será um ponto em comum com a lei portuguesa, que prevê, no art. 1776.º, que não sejam homologados os acordos previstos no art. 1775.º se não se encontrarem acautelados os interesses de um dos cônjuges ou dos filhos.

Neste sentido, entende ANTONIO MARTÍN¹³² que se pode definir o *convenio regulador* como uma transação entre os cônjuges, dependente de condição, condição essa que se traduzirá na aprovação judicial do mesmo, a qual o dotará de força executiva. Portanto, a intervenção judicial servirá como controlo *a posteriori*, não alterando, todavia, a natureza do convénio, uma vez que “*lo esencial del convenio es la autonomia de la voluntad, mientras que la aprobación judicial es un simple requisito de eficacia establecido para controlar la legalidade y la conveniencia del contenido del convenio*”. Entende-se, assim, que as cláusulas acordadas se ajustam à realidade do casal e que o acordo de vontades ter-se-á alcançado após uma negociação que, no final, será satisfatória para ambos.

O *convenio* não poderá ser apresentado separadamente, terá sempre de fazer parte integrante do processo de divórcio, acompanhando o requerimento do mesmo, como salienta o mesmo autor¹³³: “*sólo tendrá consideración de convenio regulador aquel acuerdo de los cónyuges de contenido necesario que tenga como fin o efecto principal la consecución de una separación o un divorcio de mutuo acuerdo*”, como também refere o art. 90 do CCEsp.

Defende o autor que, relativamente ao conteúdo do *convenio*, este deverá ser estabelecido pelas partes com ampla margem de liberdade, podendo as mesmas ir além das questões predeterminadas no art. 90 do Código, que não obedecem a nenhuma limitação de *numerus clausus*. Assim, dever-se-á respeitar ao máximo o princípio da autonomia da vontade dos cônjuges, permitindo-lhes o estabelecimento das cláusulas que lhes aprouverem, em quantidade e conteúdo, na medida em que as considerem ajustadas à realidade familiar no momento presente e com perspetiva de

¹³¹ MARTÍN (2009:163)

¹³² *Idem*, 164

¹³³ *Idem*, 165

futuro. Como refere, “*dependiendo de las circunstancias de cada familia, el convenio regulador tendrá un contenido más o menos extenso, más simple o más complejo, com inclusión o no de cláusulas de contenido patrimonial según haya o no liquidación previa del régimen económico matrimonial, o de cláusulas para regular las relaciones paterno-filiales si existe o no descendencia del matrimonio*”¹³⁴.

As cláusulas que nos importarão abordar, neste âmbito, serão as referentes à *liquidación del régimen económico matrimonial*, previstas no art. 90, al. e) do CCEsp, que estabelece “*El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá contener, al menos, los siguientes extremos: ... e) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio*”. Neste sentido, será necessário descortinar se será obrigatória a inclusão de uma proposta de liquidação do regime matrimonial no *convenio regulador*, tendo em conta a letra da lei e a interpretação da doutrina e jurisprudência espanholas.

ANTONIO MARTÍN¹³⁵, reportando-se à expressão “*cuando proceda*”, prevista na al. e) do art. 90, explica que será necessário que haja, à data da redação do acordo, um regime económico matrimonial, o que não acontecerá nos casos de já ter sido decretada a separação; por outro lado, será necessária a existência de bens comuns, património ativo e passivo da sociedade conjugal, pois caso não existam, não será necessária qualquer liquidação, bastando que os cônjuges refiram esse facto no *convenio*.

Mas relativamente aos casos em que existe, de facto, património a liquidar, alude o autor para as possíveis interpretações da lei, no seu art. 90, o qual contém a expressão “*El convenio regulador (...) deberá contener, al menos, los siguientes extremos*”. Se, primeiramente, se penderia pela obrigatoriedade da inclusão de acordo de liquidação nos casos de existirem bens a liquidar, numa análise mais atenta conclui-se que não será assim. Com efeito, o autor chama a atenção para o facto de ser necessária uma interpretação da norma em sentido amplo, entendendo que a mesma permite aos cônjuges a liquidação do regime económico no próprio *convenio* mas também lhes permite proceder somente ao estabelecimento de bases para uma futura liquidação, pois poderão necessitar de mais tempo para chegar a um acordo sobre todos os aspetos da liquidação ou poderá não lhes convir proceder logo à

¹³⁴ *Idem*, 169 e 178

¹³⁵ *Idem*, 298

partilha. De facto, refere que se se interpretasse a norma restritivamente, alcançar-se-ia um resultado absurdo, traduzido na proibição dos cônjuges utilizarem a via consensual, do mútuo consentimento, só pelo facto de não apresentarem o acordo de liquidação, ainda que estivessem de acordo quanto ao divórcio e quanto aos outros aspetos que a lei determina que se prevejam no *convenio*. Sendo certo que esta interpretação é defendida em alguns tribunais, o autor ressalta que, de acordo com a posição maioritária da jurisprudência, a expressão “*cuando proceda*” fará referência aos casos em que os cônjuges queiram ou decidam incluir a liquidação no *convenio*. Neste sentido, defende que poderão os cônjuges proceder à liquidação num momento posterior, afirmando “*no creemos que se resientan los cimentos de nuestro ordenamento jurídico por el hecho de que dos cónyuges se separen de mutuo acuerdo y liquiden los bienes gananciales en un procedimiento independiente*”¹³⁶.

O *convenio regulador* poderá incluir, quanto à liquidação do regime económico matrimonial, uma série de cláusulas referentes, por um lado, ao facto de se ter dissolvido o regime anteriormente, encontrando-se os cônjuges separados judicialmente ou, por outro, ao facto de a sociedade conjugal carecer de ativo e passivo, ou seja, não existirem bens comuns. Outra possibilidade será a inclusão de cláusulas que estabelecem as bases para uma futura liquidação do regime, quando não convenha aos cônjuges proceder imediatamente com o divórcio à liquidação da comunhão. Por último, haverá a possibilidade de incluir a cláusula a que a lei se refere, a da liquidação da *sociedad de gananciales* propriamente dita, sendo exatamente esta previsão que não existe no ordenamento jurídico português.

1.3 - Soluções encontradas no âmbito do Direito português

Não havendo, na lei matrimonial portuguesa, uma imposição expressa de apresentação de um acordo de partilha em sede de processo de divórcio por mútuo consentimento, tem sido prática dos cônjuges¹³⁷ a iniciativa de proceder a acordos prévios, não relegando para o momento da partilha a resolução do problema da divisão de bens. Em Portugal, assiste-se à prática comum da celebração, entre cônjuges, do contrato-promessa de partilha de bens comuns, “*como forma de acordar, na pendência do processo de divórcio ou como acto preparatório do*

¹³⁶ *Idem*, 299

¹³⁷ XAVIER (1994:150-151)

*mesmo, o destino do património comum. Na mesma linha, o notariado português tem vindo a celebrar a «escritura de partilha por divórcio sujeita a condição suspensiva»*¹³⁸.

Será do interesse dos cônjuges resolver *ab initio* a questão da partilha, aquando da instauração do processo de divórcio, no sentido do estabelecimento prévio do destino dos bens, não adiando a resolução para um momento futuro¹³⁹. Isto porque só a partir do divórcio é que poderão ser resolvidas, na prática, as questões relativas à disposição dos bens comuns.

1.3.1 - Contrato-promessa de partilha dos bens comuns

Este tipo de contrato pressupõe uma promessa de partilha dos bens comuns, um ato com efeitos para o futuro momento da partilha. Poderá ser um contrato acessório ao processo de divórcio ou celebrado independentemente da existência de qualquer ação nesse sentido. Nas duas situações, terá como fim a “*fixação antecipada das regras a que irá obedecer a liquidação do regime matrimonial após a dissolução ou a modificação do casamento*”¹⁴⁰, só tendo efeito essa regulação num momento póstumo, posterior ao trânsito em julgado da sentença de divórcio¹⁴¹, pois só podem os cônjuges partilhar os seus bens cessando as suas relações patrimoniais. Deste modo, apesar de os efeitos reais ficarem predeterminados no contrato-promessa feito antes do trânsito em julgado da sentença, só se produzirão por força do contrato prometido¹⁴².

Será um acordo celebrado entre cônjuges integrado no âmbito do divórcio¹⁴³ mas ao contrário do que acontece com os acordos complementares, que são juntos ao processo, este permanecerá na esfera privada dos cônjuges.

Esta figura tem sido palco de controvérsia, relativamente à sua validade, tendo esta sido atacada por algumas correntes doutrinárias e jurisprudenciais e defendida por outras. Atualmente, é pacífico na jurisprudência o entendimento pela

¹³⁸ MEALHA (2009:83)

¹³⁹ XAVIER (1994:151)

¹⁴⁰ *Idem*, 150; (2000:267)

¹⁴¹ *Idem*, 151; (2000:267)

¹⁴² COELHO/ OLIVEIRA (2011:445)

¹⁴³ MEALHA (2009:93)

sua validade, tendo o STJ assim definido a sua posição em 1999. A doutrina majoritária tem acompanhado também este entendimento¹⁴⁴, como veremos.

A discussão cinge-se à questão de saber se estarão os cônjuges impedidos de prometer a realização da partilha segundo determinadas estipulações, que se comprometem a cumprir depois da sentença de divórcio transitada em julgado, encarando-se tal disposição como violação ao princípio da imutabilidade e violação da proibição de partilha dos bens antes de cessarem as relações patrimoniais.

Alguma jurisprudência, assentando as suas decisões no objeto e natureza do contrato-promessa, vieram entendendo que não violava o princípio da imutabilidade¹⁴⁵.

O Ac. do TRC de 23-11-2010 admitiu a admissibilidade e a validade do contrato *per si*. Porém, o objeto da prometida partilha era um prédio urbano, casa de morada da família, entendido como benfeitoria realizada num imóvel propriedade do réu, pelo que seria bem próprio deste. Nessa medida, entendeu-se que o contrato-promessa seria nulo, celebrado contra lei imperativa, uma vez que implicaria que um bem próprio passasse a ser bem comum do casal, alterando a composição da comunhão conjugal, o que violaria o princípio da imutabilidade.

Também o Ac. do TRC, de 18-10-2005¹⁴⁶, admitiu a validade do contrato-promessa de partilha “*na medida em que não altera de momento a situação patrimonial dos cônjuges; projecta-se apenas no futuro e subordinado à condição suspensiva de se efectivar na prática o direito potestativo de que depende a sua eficácia, o divórcio*”.

Na doutrina, também alguns autores entendem não constituir o contrato-promessa uma violação do princípio da imutabilidade, sendo um contrato válido:

RITA LOBO XAVIER considera-o válido à luz do princípio da imutabilidade, “*só deixando de o ser no caso de se verificarem outros fundamentos para a sua invalidade como, por exemplo, a usura ou a coação moral*”¹⁴⁷. Estando em causa a disposição de bens do casal e a proibição da partilha antes de cessadas as

¹⁴⁴ MEALHA (2009:84 e 92)

¹⁴⁵ *Idem*, 96

¹⁴⁶ Neste sentido, o Ac. do TRP de 14-02-1994: “*o contrato de partilha – o contrato prometido – está prometido para um tempo em que é perfeitamente legal, o tempo post-casamento*”

¹⁴⁷ XAVIER (1994:166), (2000:276)

relações patrimoniais entre cônjuges, nada os impedirá de celebrar um contrato-promessa, “*convencionando que as prestações a que se obrigam só sejam cumpridas após o trânsito em julgado da sentença que vier a dissolver a relação conjugal*”¹⁴⁸. Assim, não existem razões para considerar nulos os contratos-promessa de partilha de bens, celebrados após a propositura da ação de divórcio, por violação das regras da imutabilidade^{149 150}.

PEREIRA COELHO/ GUILHERME DE OLIVEIRA¹⁵¹ defendem a validade do contrato, ainda que os cônjuges não se encontrem em processo de divórcio, pois não haverá violação do art.1714.º, uma vez que não se alteram as regras sobre a propriedade dos bens no casamento nem são modificadas as normas aplicáveis à comunhão de bens ou o próprio estatuto dos mesmos. Após a realização do contrato, tudo se mantém na mesma - os bens comuns permanecem comuns e os próprios permanecem próprios, havendo apenas “*a promessa de imputar os bens comuns concretos, que o casal tem à data do acordo, na meação de cada cônjuge*”¹⁵².

Entendem, porém, que será nulo por violação da regra da metade (art.1730.º) o contrato-promessa que preveja que um cônjuge venha a receber na partilha mais do que o outro, servindo para aquele se locupletar.

Para ESPERANÇA MEALHA¹⁵³, o afastamento da hipótese de violação do princípio da imutabilidade não significará a validade do contrato, devendo aferir-se se o mesmo viola os arts.1688.º e 1689.º. Sendo celebrado num momento em que cessa a comunhão conjugal, será prevista uma “*cláusula acessória que vai suspender os efeitos do contrato-promessa até à pretendida dissolução da comunhão*”. Assim, tal contrato só será válido se for celebrado na pendência do divórcio ou antes deste se iniciar¹⁵⁴, tendo o divórcio de ser um facto próximo e provável¹⁵⁵, funcionando como requisito de eficácia do contrato¹⁵⁶.

¹⁴⁸ XAVIER (2000:269)

¹⁴⁹ XAVIER (1994:166), (2000:272-273)

¹⁵⁰ Neste sentido, o Ac. do STJ de 23-03-1999: “*nada se opõe à validade de contrato-promessa de partilha dos bens do casal, destinado a ser cumprido ou executado apenas em momento posterior à dissolução do casamento, por divórcio*”

¹⁵¹ COELHO/ OLIVEIRA (2011:444 e ss)

¹⁵² *Idem*, 446

¹⁵³ MEALHA (2009:101)

¹⁵⁴ *Idem*, 105

¹⁵⁵ *Idem*, 108

¹⁵⁶ *Idem*, 109-111

Defende que, em caso de incumprimento por um dos cônjuges, poder-se-á executar especificamente o contrato¹⁵⁷, referindo que é a posição da doutrina em geral, “*precisamente por a tal não se opor a natureza da obrigação de partilhar*”¹⁵⁸.

1.3.2 - Escritura de partilha sob condição

Neste contrato “*as partes declaram, uma única vez, os termos em que há-de realizar-se a partilha, e uma vez verificada a condição do divórcio, o acordo produz efeitos imediatos e definitivos. Tem sobre o contrato-promessa a vantagem de vincular desde logo as partes num negócio definitivo, prescindindo de qualquer outro negócio ou de sentença de execução*”¹⁵⁹.

Também geradora de controvérsia no seio da doutrina e dos meios onde se processa, a escritura de partilha sujeita à condição do divórcio tem sido defendida pela prática notarial e recusada pelos conservadores do Registo, tendo sido considerada inválida em Parecer de 24-10-1997 da DGRN¹⁶⁰.

PEREIRA COELHO/ GUILHERME DE OLIVEIRA¹⁶¹ entendem que será válida a partilha *sob condição suspensiva*, condição essa que será a procedência do divórcio, “*porque não faz terminar as relações patrimoniais antes de a lei o permitir, nem faz mudar o regime de bens*”. Não havendo violação dos limites a este negócio (arts.1730.º e 1764.º), a partilha sob condição será admissível.

Portanto, não entendem que possa configurar um *negócio em fraude à lei*, como entende RITA LOBO XAVIER.

A autora¹⁶² defende a nulidade de tal contrato, por vincular os cônjuges de forma definitiva, não carecendo da celebração de um negócio posterior e não comportando a possibilidade de arrependimento dos cônjuges, como acontece no contrato-promessa de partilha. Ademais, considera-o um negócio *em fraude à lei*, obtendo-se por meio deste um resultado que é proibido pelos arts. 1714.º/1 e 1765.º/1.

¹⁵⁷ Nesse sentido XAVIER (2000:284-285), Ac. do TRC de 18-10-2005

¹⁵⁸ MEALHA (2009:112-113)

¹⁵⁹ MEALHA (2009:115)

¹⁶⁰ *Idem*, 115

¹⁶¹ COELHO/ OLIVEIRA (2011:447)

¹⁶² XAVIER (2000:285-287)

ESPERANÇA MEALHA¹⁶³ alude ao facto de a partilha sob condição fazer “*nascer nas respectivas esferas jurídicas, direitos subjetivos (de propriedade, quando haja adjudicação dos bens, ou de crédito, quando lhe sejam devidas tornas), cuja eficácia está congelada até à verificação da condição*”, a qual terá de ser formulada em concreto, sabendo-se que o divórcio está iminente, celebrando-se o negócio numa fase de rutura da comunhão de vida.

1.3.3 - Cláusulas de partilha incluídas na convenção antenupcial

Assente na *liberdade de convenção* (art.1698.º), terão os cônjuges a possibilidade de estabelecer em convenção antenupcial, anterior ao casamento, cláusulas relativas à futura partilha dos bens comuns. Neste sentido, entende RITA LOBO XAVIER¹⁶⁴ que gozarão os cônjuges de uma certa autonomia na estipulação de regras relativas à partilha, podendo prever cláusulas que estipulem a partilha segundo um regime de bens diverso do que vigorará no casamento, desde que respeitem a restrição do art.1790.º. Poderão até escolher regimes distintos a aplicar-se à partilha, em caso de divórcio (com limite do art.1790.º) e de morte, e prever sanções patrimoniais no caso de o casamento se dissolver por divórcio.

O art.1719.º prevê a hipótese de partilha segundo um regime de bens diverso do que vigorou no casamento, quando haja filhos comuns do casal, pelo que se constata que possam os cônjuges proceder a uma estipulação sob condição, ideia que se reafirma no art.1713.º. RITA LOBO XAVIER¹⁶⁵ entende, desse modo, que serão “*possíveis cláusulas condicionais ou a termo, tanto no caso de o “regime-base” ser um de comunhão, como no caso de ser o de separação*”, que estabeleçam regimes sucessivos ou que confirmem prioridade a um dos cônjuges na adjudicação dos bens¹⁶⁶. Terá tão-só de se respeitar a regra da metade (art.1730.º), não sendo possível fixar cláusulas que a derroguem.

PEREIRA COELHO/ GUILHERME DE OLIVEIRA¹⁶⁷ admitem a validade das estipulações sobre a partilha em convenção antenupcial, resultante da liberdade conferida aos cônjuges, que incluirá o “*poder de convencionar que um cônjuge será*

¹⁶³ MEALHA (2009:116, 122)

¹⁶⁴ XAVIER (2012:527 e 535)

¹⁶⁵ XAVIER (2000:536 e 540)

¹⁶⁶ *Idem*, 537-539

¹⁶⁷ COELHO/ OLIVEIRA (2011:444)

encabeçado em certo bem que entre para a massa comum". Entendem que não se viola a regra de metade, pois o valor do património continuará a ser dividido em duas metades com valores iguais, uma vez que *"a imputação de um bem concreto na meação de um dos cônjuges não aumenta o valor da sua quota relativamente à do outro cônjuge"*.

Conclusão

Encontrando-se os cônjuges num estado de ruptura, cuja única solução será o divórcio, é importante analisar as implicações e o impacto do mesmo nas suas relações patrimoniais. Se é verdade que se pretende que o divórcio seja um remédio para o “mal” da relação e que resolva os problemas dos cônjuges, também será verdade que muitos desses problemas começam exatamente com o início do processo de divórcio.

Na medida em que a partilha dos bens que formam a comunhão conjugal terá de realizar-se de forma autónoma em relação ao processo de divórcio, num momento ulterior, ficará a mesma dependente da vontade de ambos os cônjuges para dar início ao processo de separação de patrimónios, o que muitas vezes se revela difícil de alcançar, acabando por se prolongar indefinidamente uma situação de indivisão de bens comuns no período pós-divórcio.

Entendemos que a solução que visa a possibilidade de tratamento da partilha somente num momento posterior ao divórcio e não simultâneo ao mesmo não será uma boa solução nem a melhor solução possível. Na verdade, quando os cônjuges tomam a decisão de terminar todas as suas relações através do divórcio, terão em vista uma cessação efetiva de todos os vínculos, sejam afetivos ou patrimoniais, ansiando que se dissolva definitivamente o que outrora foi o seu matrimónio. Do ponto de vista de dois cônjuges desavindos, o divórcio será a derradeira solução para terminar com os problemas, possibilitando uma cisão permanente de relações e contatos entre ambos. Mas não será isso o que na realidade acontece, na medida em que após o divórcio, subsistirá ainda a comunhão patrimonial, que necessita de dissolução. Assim, verifica-se que o divórcio de *per se* não será suficiente para alcançar o objetivo de separação total dos cônjuges, ficando ainda pendente a resolução do problema da partilha. Neste sentido, o que se constata é que um divórcio sem partilha a acompanhá-lo *ab initio* não será um divórcio “completo”, na medida em que não resolverá os problemas dos cônjuges na íntegra; no fundo, procede-se a uma dissolução do casamento de forma faseada, tratando-se primeiro do divórcio e, só num momento posterior, da partilha.

Para evitar que se prolongue *ad aeternum* a situação de indivisão dos bens e para impedir que se desenvolvam situações complicadas no momento da partilha,

sabendo-se que essa é uma altura em que se extremam os conflitos entre os ex-cônjuges, tem sido prática comum a adoção de certas soluções com vista a evitar esse problema.

Face à omissão legislativa que se verifica no nosso ordenamento jurídico quanto à previsão de uma solução antecipada de partilha dos bens comuns, têm muitos cônjuges aderido à prática de celebração de certos acordos antecipados de partilha, que preveem a resolução da mesma com efeitos para o futuro, encontrando-se os mesmos sujeitos a condição. Assim, o contrato-promessa de partilha de bens comuns, a escritura de partilha por divórcio sujeita a condição suspensiva e as cláusulas de partilha previstas em convenção antenupcial vêm sendo uma forma preventiva e antecipada de resolução de uma fase difícil do divórcio, a partilha.

Efetivamente, o legislador português apenas previu, no âmbito do divórcio por mútuo consentimento, a elaboração obrigatória de três *acordos complementares* entre os cônjuges, nos quais estes terão de alcançar um consenso relativamente a três aspetos considerados essenciais no processo de divórcio: destino da casa de morada da família, responsabilidades parentais e pensão de alimentos. Omitiu-se, assim, a previsão de um acordo relativo à partilha, apenas se estabelecendo a exigência de apresentação de uma relação especificada de bens comuns, a par da apresentação dos referidos acordos previstos no art. 1775.º.

Por essa razão, defendemos a inserção sistemática, na norma do art. 1775.º, da previsão de uma proposta/projeto de acordo de partilha entre os cônjuges, para que possam os mesmos, ao requerer o divórcio por mútuo consentimento, definir como se irá desenrolar o processo de partilha, resolvendo-se quase em simultâneo a questão do divórcio e da partilha. Além de uma maior simplicidade e celeridade que isso significaria, evitar-se-iam também futuros conflitos entre os ex-cônjuges sobre a distribuição dos bens.

Adotando-se tal solução, achar-se-ia também definitivamente resolvida a questão que vem sendo debatida pela doutrina e jurisprudência sobre a (in)admissibilidade dos acordos prévios celebrados pelos cônjuges.

Por outro lado, estaria o ordenamento jurídico português a seguir o exemplo de muitos outros ordenamentos jurídicos europeus, como é o caso do ordenamento espanhol, que prevê a redação de um *convenio regulador de gananciales* nos

processos de divórcio por mútuo consentimento, além da redação dos acordos previstos também na nossa lei, reguladores do destino da casa de morada da família, responsabilidades parentais e alimentos. Deste modo, Portugal aproximar-se-ia da posição já adotada por outros ordenamentos jurídicos no seu Direito matrimonial, acompanhando a tendência europeia de simplificação e facilitação do divórcio, propósito que esteve já na base da elaboração da Lei 61/2008 e à qual o legislador alude no Projeto de Lei n.º 509/X.

É certo que a elaboração de uma proposta de regulação antecipada da partilha, aquando do requerimento do divórcio e a par dos três acordos exigidos, poderá significar talvez, em termos práticos, uma delonga no próprio início do processo de divórcio, por ser uma questão suscetível de criar dissenso entre os cônjuges. Mas a verdade é que o mesmo poderá acontecer também relativamente a qualquer um dos acordos que a lei exige para o divórcio por mútuo consentimento e, eventualmente, chegarão os cônjuges a um consenso. Portanto, entendemos que a vantagem de existir, à data do início do processo, um projeto de acordo sobre a partilha, que irá regular e simplificar a operação de divisão dos bens comuns, possibilitando a resolução “em bloco” de todas as questões atinentes ao divórcio, se sobrepõe à desvantagem de uma eventual demora acrescida do processo. Na verdade, quando os cônjuges iniciam um processo de divórcio, a sua intenção é que o mesmo se processe com celeridade, que tenha uma duração breve e sem complicações, bem se sabendo que qualquer divórcio traduz uma experiência traumática.

Nessa medida, é nossa opinião, na esteira do que vêm defendendo já alguns autores portugueses¹⁶⁸, que deveria ser exigida a apresentação de um projeto/proposta de acordo de partilha com o requerimento do divórcio por mútuo consentimento, dando-se aos cônjuges a possibilidade de ver resolvido o divórcio e todas as questões atinentes de uma só vez, sem preocupações futuras.

¹⁶⁸ XAVIER (2000:296-298, nota 354; 299)

Referências bibliográficas

❖ Bibliografia

- CARDOSO, João António Lopes, “*Partilhas Judiciais*”, volume III, 4ª Edição, 1991, Almedina
- CHAVES, João Queiroga, “*Casamento, Divórcio e União de Facto*”, 2ª Edição, 2010, Quid Juris
- COELHO, Francisco Pereira/ OLIVEIRA, Guilherme de, “*Curso de Direito da Família, Volume I*”, 4ª Edição, 2011, Coimbra Editora
- COSTA, Eva Dias, “*Breves Considerações Acerca do Regime Transitório Aplicável às Relações Patrimoniais dos Ex-cônjuges Entre a Dissolução do Casamento e a Liquidação do Património do Casal*”, RIDB, Ano 2 (2013), n.º 13
- CRUZ, Andreia, “*Deveres Conjugais*”, Revista Jurídica n.º 26, Abril/Maio/Junho 2013 – ANO XXXV, AAFDL
- DIAS, Cristina Manuela Araújo:
 - “*Alteração do Estatuto Patrimonial dos Cônjuges e a Responsabilidade por Dívidas*”, 2014, Almedina
 - “*Compensações Devidas pelo Pagamento de Dívidas do Casal (da correcção do regime actual)*”, 2003, Coimbra Editora
 - “*Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio*”, 2ª Edição, 2009, Almedina
 - “*A partilha dos bens do casal nos casos de divórcio. A solução do art. 1790.º do Código Civil*”, Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família n.º 15, 2011, Coimbra Editora, (p. 19 a 31)
 - “*Processo de inventário, administração e disposição de bens (conta bancária) e compensações no momento da partilha dos bens do casal, Comentário ao Acórdão da Relação de Évora de 21-2-2002*”, Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família n.º 2, 2004, Coimbra Editora, (p. 111 a 122)
- FIALHO, António José, “*Guia Prático do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*”, 2012, Edições do Centro de Estudos Judiciários

- FERREIRINHA, Fernando Neto, “*Processo de Inventário (Reflexões sobre o novo regime jurídico – Lei n.º 23/2013, de 5 de Março)*”, 2014, Almedina
- HÖRSTER, Heinrich Ewald, “*A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*”, 1992, Almedina
- LANÇA, Hugo, “*Breves Considerações à Lei do Casamento Descartável (também conhecida por Lei do Divórcio)*”, 2010, Revista Verbo Jurídico (edição on-line)
- LEAL, Ana, “*Guia Prático do Divórcio*”, 2014, Almedina
- MARTÍN, Antonio Javier Pérez, “*Tratado de Derecho de Familia II – Patos prematrimoniales; Capitulaciones matrimoniales; Convenio regulador; Procedimiento consensual*”, 2009, Lex Nova
- MEALHA, Esperança Pereira, “*Acordos Conjugais para Partilha dos Bens Comuns*”, 1ª Edição, 2009, Almedina
- NETO, Abílio, “*Código Civil Anotado*”, 18ª Edição, 2013, Ediforum
- OLIVEIRA, Guilherme de:
 - “*A nova lei do divórcio*”, Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família n.º 13, 2010, Coimbra Editora, (p. 9 a 32)
 - “*Linhas gerais da Reforma do Divórcio*”, Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família n.º 10, 2008, Coimbra Editora, (p. 63 a 68)
- PEDRO, Rute Teixeira, “*A partilha do património comum do casal em caso de divórcio – reflexões sobre a nova redação do art. 1790.º do Código Civil*”, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, volume III, 2011, Almedina (p. 429 a 474)
- PINTO, Carlos Alberto da Mota, “*Teoria Geral do Direito Civil*”, 4ª Edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, 2005, Coimbra Editora
- RAMIÃO, Tomé d'Almeida, “*O Divórcio e Questões Conexas - Regime Jurídico Actual*”, 3.ª Edição, 2011, Quid Juris
- XAVIER, Rita Lobo:
 - “*A Relação Especificada de Bens Comuns: Relevância Jurídica da sua Apresentação no Divórcio por Mútuo Consentimento*”, 2009, Revista Julgar n.º8

- *“Contrato-promessa de Partilha dos Bens do Casal Celebrado na Pendência da Ação de Divórcio, Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de Maio de 1993”*, Separata de REVISTA DE DIREITO E DE ESTUDOS SOCIAIS, 1994, ANO XXXVI, n.º 1-2-3
- *“Limites à Autonomia Privada na Disciplina das Relações Patrimoniais entre os Cônjuges”*, 2000, Almedina
- *“Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais – Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro”*, reimpressão da edição de 2009, 2010, Coimbra
- *“Regime da Comunhão Geral de Bens e Partilha Subsequente ao Divórcio à Luz do Novo Artigo 1790.º do Código Civil”*, Separata de ESTUDOS EM HOMENAGEM AO PROF. DOUTOR JOSÉ LEBRE DE FREITAS, 2012, Coimbra Editora

❖ **Jurisprudência**

STJ:

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29-06-2004, processo n.º 04A2062, relator Azevedo Ramos, in www.dgsi.pt
- 24/4/1991, processo n.º 078358, relator Sampaio da Silva, in www.dgsi.pt
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 02-11-2010, processo n.º 726/08.0TBESP-D.P1.S1, relator Hélder Roque, in www.dgsi.pt
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23-03-1999, processo n.º 99A121, relator Martins da Costa, in www.dgsi.pt

TRC:

- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 08-11-2001, processo n.º 4931/10.1TBLRA.C1, relator Henrique Antunes, in www.trc.pt
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 23-11-2010, processo n.º 2755/08.5TBAVR.C1, relator Carlos Gil, in www.trc.pt
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 18-10-2005, processo n.º 2042/05, relator Távora Vítor, in www.dgsi.pt

TRE:

- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 8-7-2008, processo n.º 1587/08-2, relator Bernardo Domingos, in www.dgsi.pt

TRP:

- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 14-02-1994, processo n.º
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 31-01-2013, processo n.º 2941/11.0TBVFR.P1, relatora Maria Amália Santos, in www.dgsi.pt

❖ **Sites da Internet**

- http://www.irn.mj.pt/sections/irn/a_registral/registo-civil/docs-do-civil/o-que-e-o-divorcio-por/ (Instituto de Registos e Notariado)
- http://www.boe.es/legislacion/codigos/descarga.php?fich=034_Codigo_Civil_y_legislacion_complementaria.pdf (Código Civil Espanhol)
- <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=33847> (Projecto de Lei n.º 509/X)
- <http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/pdf-ult/dl-324-2007-de-28-de9863/> (Código do Registo Civil)
- <http://guia.lexespana.com/familia/matrimonio/regimen-economico-matrimonial/>
- <http://guia.lexespana.com/familia/matrimonio/regimen-economico-matrimonial/>
- <http://www.separacionsintraumas.com/index.php/liquidacion-ganancial.html>

ANEXO

a) Código civil español

“**Artículo 86.** Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, **cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81.**”;

“**Artículo 81.** Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio: 1.º A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. **A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código.**”;

“**Artículo 90.** El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá contener, al menos, los siguientes extremos: a) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos. b) Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos. c) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar. d) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso. e) **La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio** f) La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.

Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio **serán aprobados por el juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges.** Si las partes proponen un régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, el juez podrá aprobarlo previa audiencia de los abuelos en la que éstos presten su consentimiento. La denegación de los acuerdos habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deben someter a la consideración del juez nueva propuesta para su aprobación, si procede. Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por la vía de apremio. Las medidas que el Juez adopta en defecto

de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias. El Juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio.”

