DOS EFEITOS CIVIS DO DIVÓRCIO

Pelo DR. CARLOS RAMOS FERREIRA

PARTE I

Capítulo I

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIVÓRCIO

1 — Este instituto é, pode dizer-se, tão antigo como o do casamento. Encontramos alguns exemplos no Antigo Testamento, sendo certo que tal modo de dissolução foi comumente admitido nas legislações dos povos da antiguidade, como no direito hebraico, onde principalmente tomou a forma de repúdio por esterilidade ou adultério da mulher.

Na Grécia, as leis de Solon permitiam-no, e assim nós encontramo-lo em muitas cidades, como Atenas, onde nos surge por iniciativa do marido, da mulher ou até por mútuo consenso.

2 — No Mundo Romano, a tradição reportava-o a Rómulo, e vem tratado nas XII Tábuas. Plutarco faz referências a um repúdio verificado no ano de 519 (A. C.).

Porém, é essencialmente distinto do repúdio e, sem dúvida, um instituto mais recente. São duas as fases do matrimónio e, por conseguinte, do divórcio romano.

Inicialmente os matrimónios não são livers, a *manus* do marido pesa sobre a mulher como a *potestas* do pater sobre os filhos, de tal modo que «habetur loco filiae». Neste período autoritário, em que o poder do marido não conhece limites, o repúdio (iussus) do marido é comumente concebido sem que a lei pudesse determinar obrigatòriamente todas as causas; recorre-se por isso aos costumes

públicos que justifiquem a conduta do marido que repudia a mulher (1).

Posteriormente enfraqueceram as relações da «manus» tomando pleno vigor os matrimónios livres e privados de forma. Uma vez livres e comuns, livre devia ser a sua dissolução, no sentido de que ambas as partes fossem separadamente habilitadas a pedir a extinção do vínculo.

O divórcio assume assim, nesta segunda fase, particulares características em relação à concepção do matrimónio.

Para que houvesse matrimónio era necessário, além do elemento físico da comunhão de vida, o elemento espiritual «afectio maritalis», isto é, a intenção dos cônjuges de serem marido e mulher e a vontade de criar e continuar a vida em comum. Não bastava que este elemento existisse no momento inicial do casamento, tinha de prolongar-se duradoiramente a fim do matrimónio poder subsistir. Portanto, se o matrimónio exigia um acordo contínuo, quando tal acordo terminasse, necessàriamente os cônjuges não podiam continuar a ser marido e mulher. Era este o divórcio para os romanos.

Temos pois que ele não era estranho ao casamento, mas uma consequência do conceito que dele se tinha. E isto era tão vivamente sentido que, não só era proibido, por contrário à liberdade, mas também torpe e imoral, o pacto de se não divorciarem ou de cumprir qualquer penalidade em caso de divórcio.

A pureza dos costumes fez com que durante muito tempo os divórcios fossem raríssimos e reprovados. Porém, já no último século da República começam a ser tão frequentes que eram divorciados os homens mais ilustres como Scila e Pompeu, e a tal ponto que se tornaram um sintoma da corrupção que invadiu Roma naquele tempo.

Podem então verificar-se duas posições jurídicas diversas: ou os dois cônjuges, de acordo e sem publicidade judiciária (bona gratia), determinam a dissolução da união, ou um dos dois renuncia ao outro recorrendo ao juiz para que pronuncie a respectiva dissolução, apresentando uma ou mais causas consideradas justas e suficientes.

No século de Augusto tomaram-se várias medidas para pôr cobro

---

(1) Se o casamento se realizava sem «manus» um ou outro dos cônjuges podia recorrer ao repúdio sem estar sujeito a causas legais.

à sua frequência, impondo-se sobretudo sanções ao cônjuge que a ele desse causa. Mas essas medidas tornaram-se ineficazes, visto que, com a ideia romana sobre o matrimónio, não era empresa fácil impor-lhes um freio, sendo inconcebível que uma vez cessada a «afectio maritalis» pudesse subsistir o matrimónio.

É só com os imperadores cristãos que começa verdadeiramente a batalha contra o divórcio, cujo êxito devia conduzir a uma total transformação do próprio conceito de matrimónio.

A legislação que se lhe torna manifestamente hostil inicia-se com Constantino e prossegue com alternativas de reacção sempre menos viva até Justiniano, o qual disciplinou toda a matéria e a restringiu, ao ponto de proibir e punir até o divórcio por mútuo consenso. Semelhante reacção ultrapassou todos os limites, a tal ponto que o seu sucessor, Justiniano, teve de restaurá-lo novamente.

Até Justiniano os conceitos de matrimónio e divórcio permanecem inalterados. O divórcio podia ser punido com penas pecuniárias ou perda de direitos políticos, mas não era declarado nulo. O Estado era assim contrário às palavras do Evangelho: «Quo Deus coniunxit homo non separat».

3 — Também os bárbaros que invadiram o Império Romano o admitiram geralmente, e conservaram tal instituto nos países para onde se transferiram, continuando a viver segundo o seu estatuto pessoal. É por isso que as normas sobre divórcio aparecem nas leis dos lombardos e nas Capitulares Francas, derrogando o princípio da indissolubilidade do matrimónio. Tais normas, embora com carácter delimitado e excepcional, encontram-se na legislação civil por toda a Idade Média e nalguns estatutos que sofreram a influência das novas concepções religiosas sobre o matrimónio.

O antigo direito alemão reconheceu primeiro o divórcio por um contrato que, a princípio, se outorgava entre o marido e os parentes da mulher e mais tarde entre os próprios cônjuges. Havia também o divórcio por declaração unilateral do marido (repúdio), o qual era lícito em certos casos como, por exemplo, no adultério ou esterilidade da mulher. Fora destes casos, era eficaz, é certo, mas poderia levar à guerra ou a compensações pecuniárias. Na época franca admitia-se, por excepção, que a mulher abandonasse o marido, quando este por certos actos cometidos contra ela perdesse o seu poder marital.

4 — A Igreja Cristã, desde o início, propugnou pelo princípio da indissolubilidade do casamento. S. Paulo na sua epístola aos Coríntios proclama-o abertamente, permitindo apenas a separação, se houver justo motivo (adultério para S. Mateus), com interdição para novo casamento. Porém, como o instituto do divórcio estava nos primeiros tempos da nova religião, de tal maneira radicado na Europa, a igreja, apesar disso, teve de pactuar na prática, em muitos casos.

É a partir do século X que o conceito de sacramentalidade do casamento toma vulto na religião cristã e a consequência da indissolubilidade do vínculo triunfa plenamente.

a) — S. Agostinho proclamou em vários concílios este princípio, que só foi confirmado no Concílio de Trento. Do número das doutrinas teológicas sobre a estrutura concreta deste princípio tem relevância a Escola de Bolonha do tempo de Alexandre III, que distingue entre casamento consumado e não consumado, base do actual direito católico sobre o divórcio.

O *casamento válido mas não consumado por* «copula carnalis» pode ser dissolvido, quanto ao vínculo. A dissolução tem lugar em declaração religiosa solene aprovada pelo Papa ou em declaração pontifícia. Os divorciados, neste caso, podem voltar a casar-se.

O *casamento consumado* é um vínculo indissolúvel, que nem o Papa pode dissolver. É, porém, permitida a separação judicial de pessoas e bens, perpétua ou temporária, na impossibilidade de dissolução do vínculo conjugal.

b) — A doutrina protestante, não reconhecendo a natureza sacramental do casamento, admite o divórcio, sendo Henrique VIII o primeiro a adoptá-lo em Inglaterra depois da publicação da «reformatio legum ecclesiasticarum».

Nos países protestantes vem geralmente tratado quer nas leis civis, quer nas leis religiosas, onde é considerado um contrato civil e tem lugar mediante uma declaração de vontade privada, a que se acrescentou, como requisito para novo casamento, uma declaração da autoridade para o considerar dissolvido.

5 — Foi introduzido nas legislações modernas através de violentos golpes de reacções revolucionárias. A primeira foi a Reforma protestante, caracterizada pela oposição sistemática a tudo que lembrasse influência do catolicismo. Depois surge a Revolução Francesa

com a sua doutrina jusnaturalista sobre o matrimónio, baseada nas ideias dos filósofos enciclopedistas, que apregoam a laicisação do casamento por o considerar um contrato civil, como no direito romano. Os girondinos, partidários da liberdade individual como direito do homem, entendiam que o divórcio era uma sua consequência legítima.

Ele foi legalizado em virtude do triunfo da revolução social e política dos doutrinadores de 89. Por isso, não pode dizer-se que tenha sido preparado por um movimento progressivo e expontâneo da evolução social moderna, mas sim por razões de carácter político e religioso.

Foi introduzido em França pela Convenção como uma das primeiras reivindicações do movimento revolucionário levado a cabo, como reacção contra as antigas instituições. A instituição da família, considerada como base da sociedade de feição aristocrática da época, foi atacada não só pelo princípio de dissolubilidade do casamento, mas até por outras medidas relativas ao instituto sucessório. Por outro lado, a indissolubilidade do matrimónio era consequência de ser considerado pela Igreja como um sacramento e, daí, a principal culpa imputada à indissolubilidade do casamento, quando é certo que razões de ordem social a reclamam. Com o divórcio, o que se pretendia atacar essencialmente era a natureza sacramental e a indissolubilidade proposta pela religião católica.

A lei de 1792 autoriza-o por motivos diversos, destacando-se dentre eles a «incompatibilité d'humeur», introduzindo ao mesmo tempo o mútuo consenso, o que torna os divórcios iguais aos casamentos. Em 1797, Portalis defende, com denodo, a indissolubilidade conjugal.

Surge uma reacção que tem projecção no Código Civil, reduzindo a três os motivos do divórcio: — adultério, sevícias ou injúrias graves, e penas infamantes; e mantém-se o divórcio por mútuo consenso dentro de certas condições.

Com o movimento da Restauração, iniciado em 1896, o catolicismo torna-se religião oficial, sendo, por isso, abolido até à lei de Julho de 1884, que elimina o divórcio por mútuo consenso e limita as suas causas. Acresce, porém, que leis posteriores alargaram as possibilidades para o invocar.

Actualmente é admitido em quase todos os países. Alguns, po-

rém, não o admitem, como a Itália, Irlanda, Argentina, Brasil e outras repúblicas Sul Americanas. Na Espanha só foi admitido pouco depois da proclamação da República, para ser suspenso novamente em 1938. Outros países não o tornam extensivo aos cônjuges católicos, como a Áustria e a Polónia, antes do regime actual. Outros só o admitem em certos casos de culpa grave de um cônjuge contra o outro, como a Inglaterra e os Países Baixos.

Naturalmente que as suas condições variam de Estado para Estado, não só em relação às concepções existentes nesses Estados, mas também em relação às considerações de política legislativa que lhes darão maior ou menor largueza.

Nos Estados Unidos, com o afluxo de uma população imigrada e heterogénia, sem uma educação eminentemente católica, característica de uma civilização europeia, ele não encontrou quaisquer obstáculos poderosos que resistissem à sua forte tendência desorganizadora da família. Daí a sua prática tão vulgarizada e sempre crescente, revelada através das estatísticas oficiais.

Características singulares reveste o divórcio na legislação soviética. Nesta matéria as leis são as mais radicais dentre todos os países, porque além de admitirem o divórcio por mútuo consenso, admitem-no unilateralmente e sem qualquer fundamento, obedecendo apenas à vontade de um dos cônjuges, desde que se faça uma declaração perante a repartição encarregada dos actos sobre o estado civil. Há também a possibilidade de um divórcio de puro facto, sem registo, que faz confronto com o casamento baseado na pura posse de estado. E só será levado aos tribunais quando haja litígio quanto à partilha dos bens ou entrega dos filhos. O Código soviético, que entrou em vigor em 1927, admite apenas como legítimo o casamento civil, que perdeu assim o seu carácter religioso e sagrado, para ser equiparado aos contratos civis, não se tornando o registo indispensável à legitimidade da família.

Se a tese comunista é a liberdade, evidentemente que, com tais facilidades de dissolução, não pode falar-se em vínculo conjugal indissolúvel.

Em Portugal, e contra o espírito fundamentalmente conservador, dominante na época, foi pela primeira vez apresentado ao Parlamento, em Março de 1900, um projecto para a introdução do divórcio,

que resultou infrutífero. Foi uma semente lançada a um terreno ainda mal preparado para a sua germinação.

É só com a publicação do dec. de 3 de Novembro de 1910 que o Governo Provisório da República introduz o divórcio litigioso e por mútuo consenso.

O divórcio por mútuo consenso apoia-se no simples acordo dos cônjuges, sem necessidade de invocar qualquer fundamento ou de averiguação de desinteligências havidas; apenas se faz a exigência de um certo condicionalismo legal.

A característica principal do divórcio litigioso consiste em se basear num fundamento legal, que incumbe provar a quem o pede. Esse fundamento legal apresenta-se, por vezes, com uma natureza diferente. Por isso as diferentes legislações costumam adoptar dois sistemas quanto à enumeração deles: — divórcio-sanção e divórcio-remédio.

No sistema do divórcio sanção, ele é admitido como uma sanção jurídica de um facto imputável a um dos cônjuges, desde que envolva violação dos deveres conjugais. É o que se dá com o adultério, que representa violação do dever de fidelidade, com as sevícias ou injúrias graves, que representam infracção do dever de auxílio e assistência mútua. Mas, além destes casos, outros há em que não pode ver-se pròpriamente violação dos deveres: é o caso, por exemplo, da loucura incurável, doença contagiosa incurável ou doença incurável, que importe aberração sexual, e o vício inveterado do jogo de fortuna ou azar. E, a par com estes, temos outros casos que, entre nós, se consubstanciam no mútuo consenso e se resumem numa incompatibilidade ou desarmonia, de forma a ser impossível a vida em comum para ambos. É o sistema do divórcio-remédio, que se apresenta como um remédio para uma situação que se tornou insustentável entre ambos os cônjuges.

A nossa lei adopta uma combinação destes dois sistemas.

Autores houve que procuraram uma justificação jurídica para as causas do divórcio, estabelecendo um paralelismo com a doutrina da responsabilidade objectiva. Assim como, diziam, o autor de um dano é obrigado à indemnização correspondente, ainda que sem culpa, assim o cônjuge que, por qualquer facto, causa um mal ao seu consorte, não deve poder escusar-se na falta de culpa ou viola-

ção dos deveres conjugais, para impor ao outro a subsistência de uma união que se converte num mal para este.

Há aqui um vício manifesto, ao estabelecer-se tal paralelo, por envolver o desconhecimento da natureza específica das relações de família e dos princípios que informam o seu regime jurídico. As relações familiares são sempre dominadas pelo interesse social da conservação da família, que não pode deixar-se à mercê da conveniência pessoal dum dos cônjuges.

Com a Concordata celebrada entre Portugal e a Santa Sé, posta em vigor pelo decreto n.º 30.615, de 25 de Julho de 1940, foi abolido o divórcio para os casamentos católicos. (Artigo XXIV).

Capítulo II

NATUREZA JURÍDICA

a) A justificação jurídica pelo conceito do **casamento-contrato**: crítica.

No período da Revolução Francesa aparecem os juristas a dar ao divórcio uma justificação de carácter estritamente jurídico, tomando por base a noção de casamento-contrato.

Se o casamento é um contrato, há de estar sujeito às regras jurídicas dos contratos. E se, para a sua constituição, é necessário um acordo de vontades, também para a sua rescisão será necessário o mútuo consenso ou a vontade de um dos contraentes apenas, quando o outro deixar de cumprir as obrigações resultantes do casamento.

Crítica: — Esta doutrina só era possível numa fase incipiente da filosofia jurídica sobre as relações de família.

Por vezes as relações de família apresentam pontos de contacto com outras relações jurídicas, como, por exemplo, com os direitos de crédito, sendo certo, em todo o caso, que não existe mais do que uma ligeira semelhança, porque o regime jurídico dos direitos de crédito é inaplicável a essas relações de carácter peculiar.

Nas relações de família não se encontram em jogo interesses

patrimoniais, mas os interesses da família e, através deles, o interesse superior do Estado, por ser a família uma sua célula. Há ainda os fins de interesse público, que o Estado tem de assegurar através de uma regulamentação uniforme.

No campo dos direitos de crédito, a efectivação dos direitos pessoais é deixada livremente aos indivíduos; impera o princípio da autonomia da vontade com maior liberdade de acção.

Apreciando o divórcio sob o ponto de vista jurídico, a justificação dos juristas da Revolução Francesa cai pela base, porque o próprio Código de Napoleão, saído da Revolução, se encarregava de estabelecer a insubsistência de tal doutrina, tornando inaplicáveis os princípios gerais dos contratos ao casamento.

Todos os princípios invocados em favor da rotura do vínculo conjugal, se, no primeiro momento da sua evolução dialéctica, parecem favoráveis à causa do divórcio, examinados mais profundamente implicariam, a breve trecho, a dissolução da família.

Por outro lado, o divórcio não resulta como uma consequência necessária da classificação jurídica do casamento como contrato, pois o nosso Código Civil, apesar de definir o casamento como um contrato, se apressava a declará-lo perpétuo, considerando-o, por conseguinte, indissolúvel.

b) A justificação pela fórmula **casamento-instituição.**

Os juristas modernos apresentam um novo conceito de casamento instituição, como corolário lógico da natureza das relações de família, conceito que se afasta da noção de contrato.

O casamento é, efectivamente, um contrato que envolve um acordo de vontades, um contrato que, na terminologia jurídica moderna, se considera um acto condição, dando origem à constituição de vários estados cujos efeitos são fundamentalmente diversos dos efeitos dos contratos em geral, afastando-se por isso da sua regulamentação própria.

Com efeito, na constituição do casamento, no que respeita à vontade e sua manifestação, são preteridos os princípios normais dos contratos. Assim o casamento é por excelência um acto solene com cerimonial complicado, exigindo como requisito essencial a intervenção de oficial público que, recebendo a declaração dos nubentes,

os declara unidos pelo casamento. Outra particularidade do seu regime jurídico é o facto da vontade das partes supor certos requisitos de capacidade, além da sua fiscalização oficial por parte do poder civil.

Quanto ao objecto do casamento, os direitos e obrigações resultantes dele não derivam da vontade soberana das partes; estão prèviamente definidos de forma imperativa na lei, que se inspirou nos interesses gerais da família e da sociedade. Os efeitos do casamento estão estabelecidos na lei por um modo uniforme, tendo em vista aqueles interesses.

Quanto aos casos de anulação do casamento, eles estão rigorosamente definidos na lei, não sendo de aplicar os princípios da anulação dos contratos. Até nos casos de inexistência, se admitem certos efeitos do casamento. A anulação por vícios do consentimento também não pode admitir-se nos termos em que é estabelecida para os contratos em geral.

No ponto de vista que nos interessa — dissolução do casamento — nota-se também uma disciplina jurídica diferente da dos contratos em virtude da diversidade da essência das relações jurídicas que se estabelecem com o casamento.

Nos contratos o preceito regra é a sua rescisão por acordo sem qualquer limite, desde que não ofenda os direitos de terceiros. Quando se admite o divórcio por mútuo consenso, ele está subordinado geralmente a condições e limitações de vontade, idade, duração do casamento por certo tempo e a um período de prova em que se decreta o divórcio provisório para, ao fim de certo tempo, se tornar definitivo.

Reconhece-se, pois, que o casamento, ainda que seja um acto de vontade, dá origem a situações que reclamam estabilidade, porque constituem estados jurídicos pessoais. Em face dessa exigência de estabilidade vinca-se bem a diferença estrutural entre o acto jurídico casamento, que se chama *contrato,* e os verdadeiros contratos.

Como acto-condição, que condiciona a constituição de diversos estados, o legislador pode definir esses estados conforme as conveniências sociais, e tanto pode declarar esse estado indissolúvel como admitir que se dissolva pela simples vontade de ambos os contraentes ou de um só, em determinadas condições.

PARTE II

DOS EFEITOS CIVIS DO DIVÓRCIO LITIGIOSO

Capítulo I

COMEÇO DOS EFEITOS DO DIVÓRCIO

I — Em relação aos esposos

É de grande importância a determinação do momento preciso em que o divórcio começa a produzir os seus efeitos jurídicos, quer pessoais quer patrimoniais, relativamente aos esposos.

Em que momento eles se encontram desvinculados dos deveres que o casamento lhes impôs e a partir de que instante o vínculo conjugal se desfez? Sob o ponto de vista patrimonial, interessa também saber quando terminam os direitos sucessórios do casamento dissolvido pelo divórcio. Este ponto tem certa importância porque surge com frequência perante as Conservatórias do Registo Civil a questão de saber quando tem início o decurso do prazo internupcial a que se refere o art.º 291.º do competente Código.

Duas soluções são possíveis em princípio: ou reputar começados os efeitos a partir da data em que é proferida a decisão que decreta o divórcio, ou considerá-lo iniciado apenas na data do respectivo trânsito em julgado.

Tem vários defensores a primeira solução (1). Alegam uns que as disposições dos art.ºs 26.º, 28.º, 55.º e 56.º do dec. de 3 de Novembro, contrariam a disposição do art.º 2.º do mesmo decreto, fazendo simples referência à data do divórcio e não exigindo para isso trânsito em julgado. Invocam ao mesmo tempo o art.º 1.222.º do Código Civil, que dizem se aplica sempre à separação de bens como consequência de divórcio ou separação de pessoas.

Porém, temos a considerar que aqueles artigos alegados primeiramente regulam certos casos de natureza excepcional, e nem mesmo

---

(1) Medeiros Antunes — Anotações ao Cód. de Reg. Civil, pág. 180. Higino de Meneses — Circulares da Direcção Geral dos Serviços de Registo e do Notariado, fascículo 2, pág. 37.

se referem com precisão à data em que começam os efeitos do divórcio, mas apenas pròpriamente aos efeitos considerados em si mesmos que produz o próprio divórcio, dizendo até expressamente o art.º 28.º que ele só produz efeitos para com terceiros *depois de definitivamente autorizado*. Quanto ao art.º 1.222.º, dispõe o Código Civil, no que toca aos bens dos cônjuges, quando trata da interrupção da sociedade conjugal, que, no caso do casamento ter sido contraído segundo o costume do País, deve-se entender que os cônjuges renunciam à comunhão de bens desde a apresentação em juízo do requerimento para a separação, se esta vier a realizar-se. Trata-se aqui duma disposição de carácter excepcional, aplicável só ao caso previsto — separação judicial de bens — que dá à mulher casada o direito de a requerer quando se achar em perigo manifesto de perder o que é seu pela má administração do marido (art.º 1.219.º). Sendo disposição excepcional, não pode aplicar-se senão para os casos previstos na lei (art.º 11.º do C. C.).

O Dr. Carlos Mendonça (1) defende também a primeira solução, dizendo que no art.º 55.º do dec. de 3 de Novembro, no art.º 10.º do dec. n.º 1 de 191.º e nos art.os n.º 3.º, 291.º, 302.º, n.º 3, do Código do Registo Civil, o legislador se refere umas vezes à data da dissolução do casamento anterior e outras à data do divórcio. A data não podia deixar de ser a da sentença que o decretou, e o período do trânsito em julgado era apenas um prazo que a lei processual concede a qualquer das partes para usarem, querendo, do recurso. Passado esse prazo sem ter havido recurso, considera-se certo o direito e assente definitivamente que as partes estão divorciadas pela sentença e, portanto, desde a data em que foi proferida. O trânsito em julgado é a acção ou efeito de passar, caminhar. O julgador fixou uma determinada situação jurídica, situação essa que já existia, e uma vez que não encontrou o obstáculo do recurso passou, tornou-se definitiva. Nem mesmo o trânsito em julgado, como situação de facto que é, tem uma data determinável fora do processo.

Depois afirma que os conservadores do Registo Civil quando, em obediência aos art.os 266.º, n.º 3 e 302.º, n.º 3, do respectivo Código, constatam a data do divórcio, mencionam a da sentença que o decretou, não podendo arbitràriamente mencionar outra ao contar o

---

(1) **Revista do Registo Civil — Ano 6, pág. 651.**

prazo para o novo casamento. Pelo § único do art.º 390.º, no averbamento da sentença à margem do assento do casamento indica-se a data da sentença. O funcionário do Registo Civil quando recebe a certidão da sentença de divórcio, ela já transitou em julgado (art.º 391.º), mas nada tem que ver com a data em que tal facto se deu, nem tão pouco o pode determinar.

Crítica: A argumentação do sr. Dr. Carlos Mendonça, embora de certo modo subtil, enferma dos mesmos vícios da solução dada anteriormente ao invocar alguns artigos que regulam certos casos de natureza excepcional e que nem sequer se referem de forma precisa à data em que começam os efeitos civis do divórcio, podendo bem aceitar que eles pressupõem já resolvido esse ponto pela norma geral do art.º 2.º do dec. de 3 de Novembro, que determina o ponto de partida dos efeitos pessoais e patrimoniais do divórcio em relação às pessoas dos cônjuges, exigindo o trânsito em julgado.

E para que não reste sombra de dúvida sobre o art.º 2.º, basta dizer que ao projecto que lhe serviu de base se suprimiram as palavras «*produzindo a dissolução definitiva do casamento*», substituindo-as por estas outras: «*autorizado por sentença passada em julgado*».

Por sua vez, a regra geral do processo estabelecida no art.º 671.º do Código de Processo Civil diz que as sentenças produzem os seus efeitos só depois de transitarem em julgado.

Parece que, em face destes textos, nada mais há a dizer para destruir a argumentação posterior sem base que a consolide, uma vez que a letra da lei é bem clara.

A jurisprudência tem-se inclinado sempre para esta segunda solução. Ainda recentemente foi publicado um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (1) confirmando as decisões proferidas pelos tribunais inferiores numa questão sobre bens, num casamento realizado com comunhão geral, em que posteriormente se decretou o divórcio, e declarava o ex-cônjuge com direito a partilhar na herança dos ex-sogros, falecidos antes de autorizado o divórcio por decisão irrecorrível (2).

---

(1) Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de Junho de 1947. In Rev. de Leg. e Jur., ano 80, pág. 301.

(2) No mesmo sentido — Cunha Gonçalves — Vol. VII, pág. 113.

II — Em relação a terceiros

Para terceiras pessoas não é menos importante saber a altura em que o regime matrimonial, adoptado pelos cônjuges, deixou de produzir efeitos, e quando qualquer deles adquire o exercício da plena capacidade civil para livremente contratar.

Também aqui se podiam apresentar duas datas: a do trânsito em julgado da sentença que decretou o divórcio, ou a do seu averbamento no assento de casamento no Registo Civil, como pretendia o sr. Dr. Cunha Gonçalves (1), que argumenta com o art.º 28.º pondo-o em confronto com o art.º 19.º da Lei do Divórcio. Diz este civilista: «pelo art.º 1.º o divórcio só produz efeitos para com terceiros depois de definitivamente autorizado... e para não se ser induzido em erro na sua interpretação teremos de o confrontar com a publicação no registo civil exigida pelo art.º 19.º». E assim concluia que, em relação a terceiros, o divórcio não produzia efeitos desde o momento em que tenha sido definitivamente autorizado, mas sim desde a sua publicação no registo civil.

A Revista de Legislação e Jurisprudência (2) defende por sua vez o ponto de vista de que a publicação e o averbamento são, em princípio, precisos para que o divórcio produza efeitos em relação a terceiros, mas admite, por outro lado, que, independentemente do averbamento, se possa fazer a prova de que aqueles já tinham conhecimento do novo estado dos ex-cônjuges.

Diz a este propósito a Revista de Legislação: «Quando não se tenham observado as regras legais de publicidade da sentença do divórcio, esta sentença é ineficaz contra terceiros, a não ser que se demonstre que estes tinham conhecimento do divórcio.

«A excepção justifica-se com a consideração de que, sendo aquelas regras de publicidade destinadas a levar o divórcio ao conhecimento de terceiros não há motivo para as exigir quando esses terceiros por outro meio o não ignoram.

«O art.º 19.º é uma consequência do art.º 28.º que não tem o intuito de atribuir à sentença efeitos para com terceiros independentemente da publicidade ou do conhecimento efectivo dessa sen-

---

(1) Tratado — Vol. VII, pág. 127.

(2) Rev. L. J., ano 68, pág. 8.

tença. A exigência de publicidade destina-se a proteger terceiros e não prejudicá-los. Por isso, só produz efeitos quando não resultem para eles prejuízos.

«A melhor maneira de defender os interesses de terceiros, sem agravo para os divorciados, é tornar dependente da publicidade a eficácia da sentença contra aqueles. Os interesses de terceiros serão então convenientemente assegurados, dando-se-lhes a possibilidade de conhecer o divórcio; os divorciados têm assim um meio de obstar a que terceiros invoquem a ignorância do divórcio...»

Tanto a opinião do Dr. Cunha Gonçalves, como a solução dada pela Revista, não podem aceitar-se, porque o art.º 28.º não faz mais do que repetir, em relação a terceiros, o que diz o art.º 2.º, isto é, só se consideram iniciados os efeitos do divórcio a partir do trânsito em julgado.

É esta a solução seguida na prática jurisprudencial e que nós seguimos pelas considerações que passamos a expor.

Com a publicação do Código de Processo Civil, o corpo do art.º 19.º foi revogado, ficando de pé apenas quanto ao averbamento o que dispõe o Código de Registo Civil nos art.os 390.º e 391.º (1) — o averbamento será feito ex-ofício através da certidão enviada pelo chefe da secretaria judicial no prazo de 15 dias a partir do trânsito em julgado.

A sentença opera de per si efeitos em relação a terceiros, embora se mande efectuar o seu averbamento à margem do assento do casamento. A lei não diz qual o resultado da omissão do averbamento.

Tanto interessa que a sentença seja ou não averbada, ela é sempre eficaz em relação a terceiros, nenhum prejuízo sofrendo os ex-cônjuges pela circunstância daqueles desconhecerem o divórcio.

E não se diga que os interesses de terceiros são sacrificados pelo simples facto do divórcio ser desconhecido deles, em virtude dos ex-cônjuges não terem promovido o averbamento imediato da respectiva sentença, pois que eles podem pedir uma indemnização de perdas e danos pela clandestinidade do divórcio. O Código Civil, no art.º 2.361.º, faculta o recurso a essa indemnização sempre que alguém não cumpre uma obrigação.

---

(1) V. supra, pág., o que ali dizemos.

A possibilidade de recurso à acção de indemnização, embora possa ser pràticamente ilusória por estar insolvente a pessoa contra quem essa acção deva ser proposta, não modifica o nosso ponto de vista, ainda que a lei tenha o propósito de salvaguardar os interesses de terceiros pelo averbamento.

Seria chocante que a força e autoridade de caso julgado, que, quanto ao estado das pessoas, produz efeitos *erga omnes*, estivesse dependente daquela formalidade.

Ponhamos o seguinte exemplo: *A* divorciado, antes de ser feita a partilha, vende a um terceiro *C* determinados bens mobiliários do casal. Tendo *C* comprado esses bens na persuasão de que *A* era casado, tanto merece o seu direito ser tutelado como aquele que compra coisa alheia. E as razões que explicam o direito a indemnização na evicção, têm também aqui a mesma justificação. Não nos parece razoável que os interesses de terceiros sejam tutelados até ao ponto de se prejudicarem os legítimos direitos dos verdadeiros titulares dos bens transmitidos por quem não tinha poderes para tal.

No exemplo apresentado, aquele terceiro, quando muito, tem um direito eventual sobre os bens, que só poderá efectivar-se, se por ventura couberem na partilha a *A* através do processo das licitações (1). Dá-se aqui um fenómeno semelhante ao que se passa quanto aos bens que constituem a massa falida do comerciante, os quais se encontram numa situação de indisponibilidade relativa.

Ainda em defesa do nosso ponto de vista, temos a acrescentar que o averbamento no registo civil não se torna absolutamente indispensável para que o estado das pessoas se imponha a terceiros. O objectivo do registo civil não é pròpriamente dar publicidade ao estado das pessoas para protecção de terceiros e da sua consequente boa-fé. O nosso sistema de registo, desde tempos remotos, se destina mais a assegurar a prova relativamente a esse estado das pessoas. O Cód. de Registo Civil no seu art.º 2.º é inequívoco quando declara que o estado relativo ao estado das pessoas só poderão provar-se pelos meios indicados no respectivo código.

A solução do Dr. Cunha Gonçalves assemelha-se à seguida no direito francês.

---

(1) O mesmo preceitua o Cód. das Custas Judiciais, art.º 123.º, § 3.º.

Na lei francesa de 86, o processo particular do divórcio na determinação do começo dos efeitos civis era um pouco complicado, porque apresentava umas datas, à vista das quais o intérprete, na falta de indicação formal, podia hesitar. Duas datas se ofereciam também: a do julgamento que pronunciava o divórcio e a do averbamento da certidão da sentença, sem o qual não se produzia efeito algum. Uma disposição posterior veio complicar mais a questão, visto dizer que «a sentença devidamente averbada, remonta quanto aos seus efeitos *entre os cônjuges* ao dia da demanda». Em presença deste texto, era necessário determinar quais os efeitos que deviam retroagir ao dia da demanda e o que devia entender-se por dia da demanda, para depois se saber se os restantes efeitos deviam ser atribuídos ao dia da sentença ou do averbamento no registo civil. Os efeitos que retroagiam eram os patrimoniais, visto a disposição representar uma excepção aos princípios gerais de direito, pois fazia retroagir efeitos duma sentença atributiva de direitos, criando um estado de coisas novo com o intuito de salvaguardar os interesses pecuniários dos cônjuges. Importava evitar que eles pudessem modificar arbitràriamente o património do casal no decorrer da instância. A letra dessa disposição tinha de ser interpretada restritivamente, pelo que se não aplicava em face de terceiros, caso contrário permitia manobras fraudulentas contra elas. E essa retroactividade não se aplicava aos efeitos pessoais, mantendo-se o vínculo conjugal e os seus deveres durante a instância. Tornava-se ao mesmo tempo difícil saber quando tinha início o dia da demanda que para uns seria a partir da notificação para comparência no tribunal, e para outros seria um dos dois momentos: ou o preliminar de conciliação, ou o da instância que se iniciava com a citação.

Pelo que dizia respeito ao ponto de partida dos efeitos sem retroactividade é que se apresentava à escolha do intérprete a data do julgamento e a do averbamento no registo civil. Uma doutrina optava pela do julgamento, embora em verdade a lei exigisse para a decisão do tribunal produzir efeitos o seu averbamento, não sendo este mais do que uma formalidade de publicidade, pois o divórcio já existia antes. A doutrina oposta, seguida pelos tribunais, considerava necessàrio o averbamento no registo civil por razões de equidade, uma vez que a lei era pouco clara. Era injusto fazer retroagir os efeitos ao dia do julgamento porque até ao momento do averba-

mento, os terceiros ignoravam se eles se produziam desde o dia do julgamento. A ordem pública e o interesse das partes exigiam esse averbamento para evitar incertezas sobre o estado civil das pessoas. E assim o casamento continuava a produzir efeitos pessoais até ao averbamento no registo civil da sentença do divórcio. Os actos praticados pela mulher sem autorização do marido até lá, eram nulos. Os deveres de fidelidade não cessavam até essa data, bem como se não modificava o domicílio necessário.

Capítulo II

EFEITOS RELATIVOS ÀS PESSOAS DOS ANTIGOS ESPOSOS

Como dissemos, o divórcio põe termo ao casamento mas sòmente para o futuro, sem retroactividade alguma e, portanto, sem prejuízo de nenhuma das consequências que ele já produziu, as quais subsistem como, por exemplo, a nacionalidade portuguesa da mulher estrangeira casada com português, visto ela só se perder por uma manifestação de vontade formal, a legitimidade dos filhos comuns, a emancipação da mulher de menos de 21 anos e mais de 16 cujo casamento foi devidamente autorizado, o parentesco por afinidade como impedimento derimente absoluto, embora no resto cada um dos divorciados se torne estranho à família do outro.

Ficam desligados dos deveres conjugais recíprocos do art.º 38.º da Lei de Família — vida em comum, fidelidade e assistência mútua. Cada um deles retoma a liberdade completa da sua pessoa e a mulher pode escolher o domicílio que quiser. Passam a ser estranhos um para o outro e, para restabelecerem a união conjugal, terão de contrair novo matrimónio; se o não fizerem e persistirem a viver em comum, o divórcio produz todos os efeitos civis, colocando-os numa situação de concubinato e os filhos daí resultantes serão ilegítimos.

Acabam assim todos os efeitos civis do casamento. A mulher adquire inteira capacidade civil, pode obrigar-se e estar em juízo sem qualquer espécie de autorização. Deixa também de usar o nome do marido sob pena de desobediência e extingue-se o direito sucessório recíproco. Qualquer dos ex-cônjuges depois de decretado o divórcio, fica isento de procedimento criminal por adultério cometido antes da dissolução do casamento.

Será considerada encobridora a mulher que pretender apagar os vestígios de crime cometido pelo ex-cônjuge após o divórcio nos termos do art.º 23.º do Código Penal. E o marido divorciado que obrigar a antiga mulher a continuar as relações conjugais cometerá o crime de violação. Pode cada um deles depor como testemunha nos litígios que o outro tenha com terceiros; e embora o extinto matrimónio possa servir como contradição, não torna por isso inhábil a testemunha (art.º 624.º do Código de Processo Civil).

Porém, o principal efeito é a possibilidade legal de se contrair novo casamento com outra pessoa, mediante certas restrições, independentemente da morte do outro cônjuge.

É esta a finalidade da maioria dos divórcios.

As restrições impostas por lei consistem na obrigação de aguardar os prazos de um ano e seis meses, respectivamente para o marido e mulher — art.º 55.º e parágrafos da Lei do Divórcio.

O § 1.º refere-se aos casos em que a separação de facto existiu por um período maior do que o exigido na lei antes da sentença de divórcio. Evidentemente que não era de exigir o cumprimento do artigo nessas circunstâncias. Porém, o legislador não previu a hipótese dos cônjuges se encontrarem separados de pessoas e bens há mais de um ano ou ter havido depósito judicial da mulher, por mais de um ano antes do divórcio, casos em que a prova está legalmente feita. Não se justifica em tais hipóteses a exigência da lei obrigando-os à regra geral do artigo. Não vamos, todavia, ao ponto de defender o que dispunha o projecto primitivo autorizando a mulher divorciada a casar imediatamente desde que provasse que há mais de um ano não coabitava com o marido, e isto por dar margem a discussões judiciais escandalosas logo que a prova fosse contrariada pelo outro ex-cônjuge.

No § 2.º, trata-se dum impedimento dirimente absoluto para novo casamento relativamente ao cônjuge dado como incurável. Contudo, se o doente dado como incurável com os progerssos da medicina vem a curar-se, pode requerer a revisão da sentença que naquela parte verificou a incurabilidade da doença. Os prazos são também aplicados à dissolução por morte (art.º 10.º da Lei de Família), mas o Código do Registo Civil permite diminuir para seis meses o prazo à mulher viúva ou divorciada, uma vez que se faça verificar se está ou não grávida — art.º 391.º.

A razão dos prazos explica-se perfeitamente em relação à mulher, porque se destina a evitar a «turbatio sanguinis», isto é, as dúvidas acerca da paternidade com vista a assegurar os direitos de paternidade legítima aos filhos. E nos casos de viuvez tanto em relação ao marido como à mulher se explica a máxima «decet conjugem lugere» por razões de decoro e decência pública. É uma espécie de luto oficial.

Mas para o marido divorciado o prazo de seis meses já não tem explicação. Se é o pudor público como preconceito social, parece não ser admissível na actualidade, segundo a nossa maneira de ver.

Um ponto de interesse que passamos a focar agora é o problema de saber se o recasamento entre os mesmos cônjuges é admissível e, no caso afirmativo, se devem observar-se os prazos da lei.

É sem sombra de dúvida permitido, porque não se faz na lei referência a ele como impedimento matrimonial e poucas são as legislações estrangeiras que a ele se referem num sentido proibitivo (1).

Quanto aos prazos a observar no recasamento, não é sem alguma relutância que seguimos o princípio geral, embora sejam raríssimos os casos em que os ex-cônjuges divorciados se reconciliem logo a seguir ao divórcio para contrair novo matrimónio. E a razão é de que, no que respeita à mulher, não há o perigo da «turbatio sanguinis», visto ela não ter tido outro marido. Do mesmo modo, o decoro ou decência pública nunca devem obstar a tal reconciliação, que até deve ser favorecida e não prejudicada, pois o prazo exigido representa um grande inconveniente, retardando a realização das boas intenções dos cônjuges, sujeitando-os a viverem numa situação de mancebia até poder vir a ser legalizada.

Pode duvidar-se se, nestas hipóteses de divórcio seguido de recasamento o, regime de bens continua a ser o que já vigorou anteriormente ou se poderá ser outro.

A este propósito o Dr. Vaz Ferreira (2) entendia que devia estender-se a este caso o disposto no art.º 1.105.º do Código Civil.

---

(1) Holanda, Luxemburgo, Roménia; e admitem com restrições a França quando qualquer dos divorciados não tenha contraído novo casamento seguido de segundo divórcio.

(2) Vaz Ferreira — Comentário à Lei do Divórcio, pág. 13.

Ora nós sabemos que o intuito do art.º 1.105.º foi evitar que, na mesma sociedade conjugal, houvesse sucessivamente dois regimes distintos, e ao mesmo tempo evitar que pudessem ser prejudicados os interesses de um dos cônjuges pela estipulação de um novo regime depois do casamento.

Em face disso, não podemos ser da mesma opinião porque no recasamento entre os mesmos cônjuges não se trata do restabelecimento da mesma sociedade conjugal, mas duma nova sociedade que pode assentar em novas convenções, desde que não briguem com os direitos emergentes da extinção da sociedade anterior.

Deixamos para o fim deste capítulo um último ponto que consiste em saber se o regime *«das segundas núpcias»* se aplica ao segundo casamento dos cônjuges que se divorciaram.

Houve quem sustentasse que os art.ºs 1.233.º a 1.239.º do Código Civil não se aplicavam ao segundo casamento dos divorciados por o legislador o não ter previsto para as segundas núpcias. As disposições do divórcio seriam assim excepcionais.

Júlio Vilhena considerava tal caso omisso, e uma vez que não podia ser resolvido pelo texto da lei porque nenhum decreto mandava aplicar ao segundo casamento dos divorciados o Código Civil acerca das segundas núpcias dos viúvos, a analogia e o espírito da lei autorizavam que se aplicasse às segundas núpcias dos divorciados o que ali se diz (1).

Certamente que os art.ºs 1.233.º a 1.239.º são aplicáveis não por analogia ou espírito da lei, mas por força da sua própria letra, no art.º 56.º do dec. n.º 1 e no art.º 2.º do dec. de 3 de Novembro de 1910.

Mas serão aplicáveis quando as segundas núpcias sejam celebradas entre os próprios ex-cônjuges?

Se, antes do recasamento, algum dos cônjuges contrair segundas núpcias ou se ambos as contrairem, e se delas tiveram filhos, não há dúvida alguma que a resposta deve ser afirmativa, pois que há os interesses desses filhos de matrimónio anterior a proteger.

Mas se não houve esse casamento ou casamentos com estranhos e se não há filhos de outro casal, cujos direitos precisem de tutela, a resposta já é duvidosa.

---

(1) J. Vilhena — As segundas núpcias no direito civil moderno.

Pode haver filhos de outro casamento, mas esses e os que provierem do recasamento são irmãos germanos, todos têm à face da vontade do legislador e dos princípios os mesmos direitos.

Aplicar aquelas disposições ao novo casamento dos ex-cônjuges divorciados que tenham filhos de anterior matrimónio, é proteger estes em detrimento dos irmãos germanos que possam vir a ter, é prejudicar os pais e é aplicar preceitos de carácter excepcional em casos em que não há razão para isso. Vejamos os artigos separadamente: O art.º 1.233.º faz exigência da verificação da gravidez antes dos trezentos dias após a morte do marido para contrair segundas núpcias. Sabemos que o motivo que o ditou foi evitar a dúvida sobre de qual dos dois maridos seria o pai duma criança nascida dentro do referido prazo. O preceito é um pouco chocante, mas tem a sua razão de ser, um intuito elevado que desaparece no caso de recasamento, onde não há o perigo da «turbatio sanguinis», pois que os dois maridos são a mesma e única pessoa. Não se explica, pois, a formalidade vexatória e inútil do art.º 1.233.º.

O art.º 1.234.º estabelece duas sanções no caso de se desobedecer ao preceituado no art.º 1.234.º: perda de lucros nupciais (1) e a impossibilidade do segundo marido contestar a sua paternidade relativamente ao filho nascido nos 180 dias depois do seu casamento. A primeira sanção poderá efectivamente aplicar-se ao caso de recasamento, mas não haverá quem não sinta relutância em tal coisa, pois que a penalidade é grave e as consequências da falta não podiam ser nenhumas. A segunda sanção é inaplicável, o filho que nasceu naquele período é tanto do primeiro como do segundo marido, que são a mesma pessoa.

---

(1) *Lucros nupciais* são os estipulados na convenção ante-nupcial, os provenientes de sucessão legítima, os obtidos por quaisquer doações, por disposição testamentária, e, em geral, todas as liberalidades feitas pelo marido à mulher com aceitação dela.

O Dr. Júlio Vilhena declara que o art.º 1.234.º pretende tornar a viúva que praticou o facto punível inteiramente estranha ao primeiro marido e sua família. Até certo ponto concordamos, mas não admitimos, porém, que os bens resultantes da meação devam ser restituídos, porque de forma alguma se podem considerar uma dádiva feita por qualquer dos cônjuges ao outro. A comunhão de bens representa uma compensação recíproca de trabalhos na sociedade conjugal.

No art.º 1.235.º não há filhos de casal diverso cujos interesses tenham de ser protegidos.

O art.º 1.236.º não pode ser aplicado por supor o falecimento de um dos cônjuges.

O art.º 1.237.º não se justifica e completa o art.º 1.235.º, tendo de ser interpretado em termos restritos.

O art.º 1.238.º também não se aplica na hipótese de recasamento. A regra geral da comunhão é de seguir onde uma disposição expressa da lei não estabeleça uma excepção.

É, por isso, inadmissível a opinião de J. Vilhena quando sustenta que, se ambos os binubos têm filhos de matrimónio anterior, se deve considerar que o seu casamento, não sendo precedido de escritura antenupcial, é segundo o regime de separação. O seu argumento é que o art.º 1.238.º só prevê o caso de um dos binubos ter filhos de matrimónio anterior; e, portanto, excluída a presunção legal de ambos os cônjuges estarem nessas circunstâncias, deve admitir-se, nesse caso, a presunção a favor do regime da separação, sob pena de se chegar ao absurdo de haver um casamento que não está sujeito a qualquer regime dos estabelecidos na lei.

É bem visível o erro na argumentação deste autor, quando pretende tirar argumentos *a contrario sensu* do art.º 1.238.º Ora nós já conhecemos a falibilidade desses argumentos.

Parece-nos que o regime que mais se coaduna com aquela situação é o da comunhão. E isto ainda por argumento que se tira do disposto no art.º 1.239.º, único aplicável à hipótese de recasamento entre os mesmos cônjuges.

Capítulo III

EFEITOS RELATIVOS AOS INTERESSES PATRIMONIAIS DOS ANTIGOS ESPOSOS

I — Quanto aos bens

1 — Tendo o divórcio jurìdicamente os mesmos efeitos da dissolução por morte, resulta como sua consequência a separação de bens entre os cônjuges, adquirindo cada um deles a propriedade plena e livre administração dos que lhe ficarem pertencendo, podendo sobre

eles transaccionar livremente e por todas as formas, como preceitua o art.º 26.

Temos, portanto, a dissolução da sociedade patrimonial entre os cônjuges com a consequente liquidação segundo as regras próprias do regime matrimonial adoptado por ambos os cônjuges.

O art.º 26.º emprega a expressão *separação de bens*, a qual só pode corresponder a um regime em que haja comunhão de bens. Havendo dote e separação absoluta, evidentemente que não há a separar bens que nunca estiveram em comunhão. Os bens são próprios dos cônjuges, tendo o divórcio apenas o efeito de fazer cessar a administração do marido relativamente a eles. Cessa também a incapacidade dos cônjuges para a sua livre disposição, pelo que os seus efeitos são mais extensos que na simples separação de pessoas e bens onde os cônjuges sofrem as restrições do art.º 1.216.º Não cessa também o carácter dotal dos bens da mulher, ficando a sua alienação dependente de autorização judicial — art.º 1.156.º e 1.159.º do Código Civil.

A sociedade conjugal só se considera extinta a partir do trânsito em julgado da sentença que autorizou o divórcio, de modo que os bens adquiridos por qualquer dos ex-cônjuges são próprios deles, ainda mesmo que os tivessem adquirido antes da partilha do casal se forem casados em regime de comunhão. Assim, o prédio cuja compra for ajustada com entrega do preço na constância do matrimónio, tendo sido reduzida a escritura pública só depois de decretado o divórcio, figurando nela apenas o marido, será propriedade exclusiva deste. Não pode afirmar-se que foi adquirido durante a união conjugal, pois não se tendo exarado nessa altura o respectivo documento, a venda não chega a existir por falta de forma exigida pela lei. A falta de título não pode ser suprida pelo acordo de ambos sobre a sua dispensa, porque as leis de forma são de interesse e ordem pública, não podendo de maneira alguma a sua infracção ser sanada pela vontade dos interessados (art.º 10.º Cód. Civil). O marido será o legítimo proprietário do prédio. A mulher, todavia, tem o direito de exigir que o preço dado pelo prédio seja considerado como fazendo parte dos bens comuns a dividir.

Se o prédio foi comprado com dinheiro do casal na constância do matrimónio, e o preço foi dado sem transmissão da propriedade, este constitui sem dúvida um crédito do casal e, como tal, sujeito a

partilha. Se apenas tivesse sido passado o sinal a solução seria a mesma, mas a mulher poderia exigir o reembolso da sua parte no sinal adiantado.

a) — Nada impede, todavia, que cada um dos divorciados possa vender ou doar o direito e acção a metade dos bens que constituem a sua meação no casal comum, simplesmente não lhes é permitido vender ou doar o direito e acção à meação dum prédio certo e determinado, senão sob a condição de virem a ter meação no mesmo prédio.

A explicação disto está no facto de, uma vez dissolvido o matrimónio por divórcio, a comunhão acabar, mas os bens que dela fazem parte permanecerem num estado de indivisão, constituindo até à partilha, uma universalidade sobre a qual ficam tendo iguais direitos ambos os cônjuges, não sendo lícito, por isso, a qualquer deles dispor total ou parcialmente e de um modo determinado dos bens que formam a mesma universalidade, senão sob a condição de lhes virem a caber em partilha.

b) — No que diz respeito às licitações, sabemos que a mulher não pode ser admitida a licitar sem autorização do marido em qualquer inventário em que figure como interessada, muito embora esteja pendente a acção de divórcio. Mas, o facto dela carecer de autorização do marido quererá significar que a licitação seja um acto de administração da sua exclusiva competência? De forma alguma, pois a licitação como negócio jurídico não é mais do que um acto de aquisição de bens que a lei reconhece tanto ao marido como à mulher. Ora, se a lei reconhece também esse direito à mulher, deve legitimar os meios necessários ao seu exercício (art.º 12.º do Cód. Civil). Simplesmente para o seu exercício efectivo torna-se necessário requerer o suprimento do consentimento do marido.

c) — Quando tratamos do começo dos efeitos do divórcio, verificamos que eles só têm início a partir do trânsito em julgado da respectiva sentença, produzindo efeitos até aí o casamento no regime convencionado. Por isso, se antes do trânsito em julgado da sentença do divórcio, se abrir alguma herança em que um dos cônjuges seja co-herdeiro, terá o outro cônjuge direito à meação no respectivo quinhão, se o regime matrimonial for o da comunhão, podendo intervir na partilha já depois de definitiva a sentença de divórcio.

2 — O § único do art.º 26.º preceitua que a separação e partilha

de bens entre os cônjuges, pode ser feita amigàvelmente por meio de escritura pública, ou judicialmente, por inventário, nos termos gerais de direito. O Código de Processo Civil, no art.º 1.444.º, permite também a partilha por auto público lavrado no processo em que se tiver proferida a sentença de divórcio. A lei parte do princípio que os divorciados são pessoas capazes e tem à sua escolha a forma de partilhar os seus bens. Ora isto não acontece quando um deles está demente ou ausente, pois que se tem de proceder a inventário. A escritura pública ou o auto lavrado no processo só é possível quando ambos são capazes de contratar. Quando se tiver de recorrer ao inventário, este correrá por apenso ao processo de divórcio, e as funções de cabeça de casal incumbirão ao marido nos casamentos por comunhão e ao marido e à mulher em relação aos bens de cada um nos casamentos com separação (art.º 1.444.º Cód. Proc.).

Na hipótese de demência ou ausência do marido, casado com comunhão de bens, parece que as funções de cabeça de casal devem ser exercidas pela mulher ainda quando o tutor ou curador seja outrem que não ela, porque sendo a administradora e estando na posse dos bens, compete-lhe continuar nessa administração, além de estar em condições de melhor descrever todos os bens do casal.

No que respeita às custas do inventário, elas devem ser pagas pelo cônjuge culpado, e não o havendo, serão pagas por ambos, conforme preceitua o art.º 1.146.º do Cód. de Processo Civil.

3 — Convém fazer agora uma referência ao conteúdo do art.º 62.º, o qual declara nulas todas as convenções que, acerca da partilha dos bens, como consequência de divórcio ou de separação, entre si ou com outrem fizerem os cônjuges fora da respectiva escritura antenupcial ou das estipulações referidas no art.º 27.º.

Aquele artigo não permite antecipar o exercício de direitos que sòmente resultam do divórcio. Refere-se, sem dúvida, aquelas convenções que os cônjuges pudessem vir a fazer entre si ou com terceiros, estipulando um regime especial de partilha e cuja aplicação ficasse dependente de divórcio posterior.

Pretendeu-se com ele evitar as cláusulas restritivas à faculdade de pedir o divórcio que o art.º 54.º proibe expressamente. De facto, se essas cláusulas viessem a beneficiar o cônjuge autor, assumiriam o aspecto duma penalidade imposta ao outro, contrariando assim

o art.º 54.º, se beneficiassem o cônjuge réu, não podiam subsistir em face do disposto no art.º 27.º, como veremos.

As únicas convenções permitidas, na hipótese de divórcio, são as que geralmente se fazem no contrato antenupcial, acerca do regime dos bens ou a propósito das doações para casamento, entre esposados ou feitas por terceiros, convenções onde o divórcio figura como condição resolutiva.

4 — Quanto à administração dos bens do casal comum, ela mantém-se normalmente nas mãos do marido, ainda depois de decretado o divórcio, até ao termo do inventário, se porventura não tiverem procedido à partilha amigável.

Sobre esta matéria foi feita à revista «O Direito» (1) a seguinte consulta: poderá a mulher divorciada, antes de ser feita judicialmente por inventário a separação e partilha dos bens, ir ou mandar colher frutos e cortar lenha nas propriedades do seu casal comum, ainda debaixo da administração do marido?

Concordamos plenamente com a resposta negativa dada por aquela revista jurídica: a mulher incorreria no crime de furto sem aproveitar do n.º 1 do art.º 431.º do Cód. Penal se o fizesse, além de restituir as coisas furtadas ou o seu valor e ainda na obrigação de indemnizar por todos os danos causados. Os mandatários, seus criados ou outrem, seriam solidàriamente responsáveis civil e criminalmente.

O marido como administrador dos bens do casal pode, sem outorga da mulher, dar ou tomar bens de arrendamento quando não estejam sujeitos a registo como preceitua o art.º 10.º do dec. 5.411. Sendo o arrendamento um acto de pura administração, só pode ser praticado por quem está investido nas funções de administrador dos bens do casal.

E como a administração pertence normalmente ao marido, seja qual for o regime de bens, segue-se que são válidos e tem de ser respeitados pela mulher, depois da dissolução do casamento, os arrendamentos que o marido tenha feito anteriormente, ainda que digam respeito a bens próprios dela. A lei não lhe permite rescindir aqueles actos ainda que aquele os tivesse celebrado com manifesto propósito de prejudicar a sua consorte.

---

(1) Ano 46, pág. 179.

A administração do património dos cônjuges tem uma natureza muito especial e, como consequência disso, se reconhecem os arrendamentos mesmo para além do termo definitivo da administração de um dos cônjuges, pela dissolução do casamento ou separação. O arrendamento feito pelo cônjuge administrador deve corresponder, para todos os efeitos legais, ao arrendamento feito pelo próprio proprietário. Assim o impõe a necessária unidade familiar.

Os únicos limites impostos legalmente ao marido são, em primeiro lugar, o que já vimos: não pode tomar ou dar bens de arrendamento, quando este esteja sujeito a registo — art.º 10.º do decreto atrás citado. Em segundo lugar, não pode como administrador dos bens dotais da mulher dar de arrendamento esses bens por tempo que exceda a sua administração, art.º 9.º do mesmo decreto.

O facto dos arrendamentos terem sido celebrados na pendência do divórcio em nada obsta à sua validade, porque em relação a terceiros, como vimos, ele só produz efeitos depois de definitivamente autorizado. E, por essa razão, a mulher não pode pedir a rescisão ou a caducidade dos arrendamentos, invocando o divórcio contra os arrendatários que são terceiros. Ela poderia apenas anular os arrendamentos se pudesse provar que os actos praticados pelo marido foram simulados (art.º 1.030.º e 1.031.º do Código Civil).

5 — Pode em determinado momento haver um acordo simulado entre os cônjuges para a dissolução da sociedade conjugal com manifesto propósito de prejudicar terceiros. E, nessa altura, poderia duvidar-se sobre se era ou não admissível propor a acção de simulação para demonstrar que o divórcio foi simulado. Mas a solução é nìtidamente negativa, visto a simulação ser irrelevante nos actos por que se constitui, modifica ou dissolve a sociedade conjugal, atendendo à necessidade de dar certeza e estabilidade às relações que deles derivam.

Diz a este propósito o Doutor Beleza dos Santos (1):

«De facto realizam-se divórcios que não podem considerar-se sérios, em que a vontade real das partes não é dissolver a sociedade conjugal, mas usar desse meio como simples expediente para outros fins, como, por exemplo, para indirectamente alterar o regime

---

(1) A Simulação.

de bens no casamento, ou para evitar certas restrições que do regime convencionado resultem para a liberdade dos cônjuges em dispor dos bens do casal. Mas jurìdicamente a simulação é ineficaz para anular o divórcio, ainda que ele derive do mútuo consenso, caso em que a sentença do juiz se limita a homologar o acordo dos cônjuges (art.º 39.º e 40.º do dec. 3 de Novembro).»

Simplesmente com o divórcio pode pretender-se uma partilha simulada, a qual como negócio jurídico de carácter patrimonial que é, está sujeita às regras que disciplinam os contratos. Se, com a partilha, se tem apenas em vista passar todos os bens do casal para um só dos cônjuges, podem inclusivamente os herdeiros legitimários (1) de qualquer deles demonstrar a simulação na partilha.

E a essa demonstração nenhum obstáculo se opõe, pois a partilha extrajudicial, que é aquela a que os divorciados normalmente recorrerão, é um negócio jurídico de carácter patrimonial, subordinado às regras jurídicas do art.º 2.163.º do Cód. Civil. Logo, a única possibilidade a admitir seria apenas intentar-se uma acção de simulação para provar que a partilha extrajudicial foi simulada.

No sentido da impossibilidade de se arguir a simulação do divórcio decidiram já, entre outros, os acórdãos da Rel. de Lisboa de 17 de Março de 1917 e do Supremo T. de Justiça de 18 de Maio do mesmo ano (Gazeta da Relação, ano 31, pág. 221 e 136).

6 — Um dos efeitos mais notáveis do divórcio em relação aos bens, é o consignado no art.º 27.º: «O cônjuge que der causa ao divórcio perde todos os benefícios, que haja recebido ou haja de receber do outro cônjuge, quer lhe tenham sido estipulados em contrato antenupcial, quer assegurados posteriormente. Pelo contrário, o cônjuge inocente conserva todos os benefícios que lhe tenham sido assegurados pelo cônjuge culpado, ainda que tais benefícios fossem estipulados com a cláusula da reciprocidade».

Este artigo teve por fonte o art.º 1.213.º do Código Civil, o qual

---

(1) Entre nós tem sido objecto de discussão o problema de saber se os herdeiros legitimários podem intentar a acção de simulação contra os pais vivos ainda.

A solução afirmativa tem sido a dominante nos tribunais e aceite pela Rev. Leg. e Jur. (ano 45, pág. 328). Em contrário, Beleza dos Santos — «Simulação», II n.º 77.

por sua vez foi inspirado nos art.os 299.º e 300.º do Código Civil francês.

O legislador, porém, incorreu no defeito de não reparar nas condições de aplicação de ambos os códigos, visto que em qualquer deles se admitem apenas quatro causas de divórcio ou separação, todas factos voluntários e puníveis do cônjuge réu. O mesmo não se verifica no decreto de 3 de Novembro, onde o divórcio pode ser requerido por motivos a que nenhum dos cônjuges deu causa, no sentido de ter sido culpado do rompimento conjugal, como a demência, doença incurável, ausência-desaparecimento e separação livremente consentida. Nestes casos não deve aplicar-se a qualificação de culpado ao cônjuge réu na acção, devendo a aplicação da regra do artigo estar dependente da verificação dum facto voluntário do cônjuge contra quem é decretado o divórcio.

O art.º 27.º tem o defeito de supor sempre um dos cônjuges culpado. Ora, pode também verificar-se a culpa de ambos, e quando isso se verifica é vantajoso o pedido em reconvenção, porque em tais casos parece que ambos os cônjuges perderão recìprocamente os benefícios recebidos ou a receber.

A lei (art.º 44.º) permite ao cônjuge inocente optar pelos efeitos da separação ou do divórcio. Se optar pela separação o cônjuge causador perde mais do que no divórcio, visto pelo art.º 1.213.º se perder também as doações ou promessas de terceiro por consideração do outro cônjuge, o que se não dá no art.º 27.º Não se justifica esta diferença de regimes quando se impunha uma completa identidade nos efeitos do divórcio e separação. No que diz respeito pròpriamente ao preceituado neste art.º 27.º, temos a dizer que ele nunca pode prejudicar o ex-cônjuge nos efeitos legais do regime da comunhão de bens. Resulta isto do simples confronto deste artigo com o art.º 33.º do dec. n.º 1 de 1910, e com o art.º 1.213.º do Código Civil. O art.º 33.º, relativo à anulação, desempenha quanto aos bens, o mesmo objectivo que o art.º 27.º; e para se compreender o seu alcance temos de o aproximar do art.º 1.168.º do Cód. Civil cujo conteúdo reproduz. Por sua vez, a propósito do art.º 1.213.º, fonte do art.º 27.º, como vimos, Dias Ferreira diz o seguinte: «As palavras *tudo o que houver recebido do outro cônjuge, ou que outrem, por consideração deste, lhe houver dado, ou prometido* abrangem ùnicamente as doações entre esposados, ou entre casados, ou feitas por terceiros aos

esposos, ou aos cônjuges, e não a meação na comunhão que o cônjuge recebeu, não do consorte, nem de terceiros, mas sim da lei, conquanto o casamento fosse causa ocasional da aquisição desse direito. Se o legislador quisesse privar o cônjuge culpado de todas as vantagens que do consorte tivesse recebido, por lei ou convenção, usaria aqui da mesma linguagem de que se serviu no art.º 1.234.º com respeito à mulher viúva que passa a segundas núpcias sem cumprir o preceito consignado no art.º 1.233.º.»

É a estes benefícios — «avantages» na lei francesa — que apenas se refere o art.º 27.º, como se vê pelos próprios termos ao aludir-se especìficamente aos benefícios que tenham sido estipulados em contrato antenupcial e assegurados posteriormente, pois, nunca poderiam considerar-se benefícios estipulados no contrato antenupcial ou assegurados posteriormente, a comunhão que o cônjuge adquire nos bens que ao tempo do casamento possuia o outro ou que posteriormente a este advêm. Por outro lado, com a redacção do art.º 27.º, pretendeu-se esclarecer possíveis dúvidas do art.º 1.213.º substituindo-se a fórmula «*tudo que houver recebido do outro cônjuge*» por «*todos os benefícios que haja recebido ou haja de receber do outro cônjuge*» e a palavra benefícios exprime a ideia de liberalidade. E a comprovar isto está também a parte final do artigo na alusão à cláusula de reciprocidade com que tenham sido estipulados os benefícios pelo cônjuge culpado. A referência a essa cláusula mostra que se trata de vantagens pecuniárias resultantes dum acto de vontade de um dos cônjuges, e não das que para eles advêm da comunhão, como mero efeito legal do regime de bens estipulado genèricamente para a vigência da sociedade conjugal.

Embora na segunda parte do art.º 27.º se disponha que o cônjuge inocente conserva todos os benefícios que lhe tenham sido assegurados pelo cônjuge culpado, apenas diz respeito às doações antenupciais e não às feitas durante o casamento, visto para as doações entre casados valer o disposto no art.º 1.181.º que não foi derrogado pela Lei do Divórcio.

Os *legados*, como benefícios futuros, são abrangidos pelo art.º 27.º, pois, pode bem acontecer que o cônjuge inocente tenha feito um testamento anterior ao divórcio, o qual ficará automàticamente revogado logo que transite em julgado a sentença de divórcio. O mesmo acontecerá a todos os benefícios, quer directos quer indirec-

tos, visto a penalidade civil imposta ao cônjuge culpado não poder ficar dependente do arbítrio ou consentimento do cônjuge inocente.

Também não pode o preceito do artigo ser extensivo a terceiros que tenham colhido proveito do benefício feito ao cônjuge culpado; situação paralela à revogação das doações por ingratidão do donatário, revogação que se produz sem efeito retroactivo, respeitando-se os direitos de terceiros porque a penalidade imposta é de carácter pessoal. O cônjuge que cometeu uma falta deve sofrer as respectivas consequências, mas os terceiros que contrataram com ele não podem participar nela, e seria manifestamente injusto que eles fossem punidos.

O § único deste art.º 27.º autoriza o cônjuge inocente a renunciar ao direito conferido no artigo, podendo fazê-lo em benefício do outro cônjuge ou de terceira pessoa, desde que o faça por documento escrito e assinado pelo renunciante (art.º 815.º, § único, do Cód. Civil) e seja anterior à partilha. Porém, havendo filhos comuns, só pode ser feito em favor deles, constituindo uma verdadeira doação, como no § único do art.º 149.º do Cód. Civil. A razão deste facto está no facto dos cônjuges, que, contraindo novo casamento, poderiam vir a prejudicar os filhos comuns, colocando-os no mesmo plano com os não comuns.

A propósito da sanção prescrita no art.º 27.º poderia perguntar-se ainda se ela produz efeitos *ipso iure,* ou se será necessário que o doador intervenha revogando a doação feita ao cônjuge culpado.

A Revista de Legislação e Jurisprudência (1) afirma que a sanção produz efeitos *ipso iure,* ao passo que a Revista de Justiça (2) e a dos Tribunais (3) se mantém na negativa, declarando que o pedido de aplicação do art.º 27.º só em acção de processo ordinário pode formular-se e efectivar-se. Trata-se, porém, de uma questão mais de ordem processual que não interessa directamente ao ponto em questão e que, por isso, nos abstemos de focar.

---

(1) Ano 75, pág. 230.
(2) Ano 23, pág. 142.
(3) Ano 56, pág. 143.

II — Quanto à prestação de alimentos ao ex-cônjuge necessitado

1 — Ainda que o divórcio seja, pelo art.º 2.º, equiparado à dissolução por morte, o legislador, no art.º 29.º, atribui a qualquer dos divorciados o direito de exigir do outro que lhe preste alimentos, se deles carecer.

Na constância do matrimónio, a obrigação alimentar é consequência lógica do dever legal e moral de assistência mútua, mas uma vez rompida a união conjugal parece que deviam cessar todos os deveres legais e morais dela resultantes.

Em França, em face das decisões judiciais, aparecem-nos duas doutrinas para justificar o fundamento da atribuição de alimentos ao ex-cônjuge necessitado. Ali só o cônjuge inocente pode reclamar a pensão alimentar que, também como entre nós, não pode exceder o terço dos rendimentos do outro cônjuge (art.º 301.º do Cód. Civil).

Em primeiro lugar aparece a doutrina da *pensão-socorro*, sendo partidários dela vários autores, como Demante, Huc, Laurent e outros autores de tratados especiais sobre o divórcio, como Carpentier e Coulon (1).

Para eles o art.º 301.º deve ser olhado como uma sobrevivência, que o legislador quis manter, do dever de socorro estabelecido entre os cônjuges pelo art.º 212.º do Cód. Civil (semelhante ao nosso art.º 38.º do dec. n.º 1) e que tinha a sua causa no casamento. Huc distingue duas obrigações alimentares: uma que tem o seu fundamento no art.º 212.º, que é recíproca e limitada apenas pelas necessidades do credor e pelos recursos do devedor, extinguindo-se por efeito do divórcio. A outra, criada pelo art.º 301.º, que é unilateral e não pode ser invocada senão por aquele que obteve o divórcio e nos restritos limites fixados pelo artigo. Esta obrigação, embora distinta daquela, tem a sua origem no art.º 212.º, não sendo mais do que um prolongamento da obrigação recíproca.

---

(1) Demante — Cours Analytique de droit civil, I, n.º 341.
Huc — Commentaire theorique et pratique de droit civil, II, 415.
Laurent — Principes de droit civil français, III, 311.
Coulon — Traité du divorce, V, pág. 221.

A outra doutrina é a da *pensão-indemnização*, em que não devemos atender à sobrevivência dos efeitos promanados do casamento. O fundamento do art.º 301.º deve ser porcurado no princípio geral formulado no art.º 1.382.º do Cód. Civi pelo qual todo o facto lesivo obriga o seu autor a reparar as consequências danosas do seu acto. E comete uma falta o cônjuge que obriga o seu consorte a pedir o divórcio, ficando desse modo prejudicado, porque vê desfazer-se uma união que julgava persistente. Perdidas assim as suas esperanças, o cônjuge inocente não tinha mais que pedir uma indemnização.

A pensão alimentar, de acordo com esta teoria, deve ser considerada, por consequência, como uma reparação do prejuízo que a dissolução antecipada do casamento, resultante da culpa de um dos cônjuges, causou ao outro, privando-o assim dos recursos que lhe assegurava o casamento. São numerosos em França os adeptos desta doutrina, tais como Toulier, Baudry-Lacantinerie, Colin et Capitant, Planiol, etc. (1).

Josserand atribui-lhe também carácter de indemnização delitual, de sanção dum delito civil (adultério, sevícias ou injúrias), acrescentando que a obrigação alimentar, que findou com a obrigação do casamento, se substitui por uma pensão cujo carácter indemnitário é admitido constantemente pela jurisprudência.

Recentemente, em virtude das necessidades da prática, adoptou-se uma solução eclética, resultante da fusão das duas teorias. A pensão do art.º 301.º seria ao mesmo tempo alimentar e indemnitária: indemnitária no fundo, quanto à causa, pois tem por fim reparar um prejuízo; alimentar na forma, isto é, no ponto de vista do seu objecto, visto que não existe senão quando o credor tenha necessidade dela e o devedor a possa pagar.

Esta solução tinha por fim evitar que a jurisprudência se colocasse na alternativa de aplicar uma ou outra das teorias. É defen-

---

(1) Toullier — Le droit civil français, vol. I, 2.ª parte, 6.ª edição.

Baudry Lacantinerie — Des personnes, III, n.º 289, ed. 1900.

Colin et Capitant — Cours elementaire de droit civil français, 4.ª ed., I, pág. 367, II, pág. 904.

Planiol — Traité elementaire de droit civil, I, n.º 1.259.

Josserand — Cours de droit civil positif français, vol. I, pág. 571.

dida por Labbé, Naquet, Aubry et Rau, Ripert e outros autores (1).

Expostas estas doutrinas, consagradas em França, resta saber qual delas tem aceitação em Portugal no estado actual da nossa legislação.

O Dr. Adolfo Bravo sustenta (2) que, pelo menos, os alimentos quando são devidos pelo ex-cônjuge culpado ao inocente, tem uma natureza indemnitária, e não são poucos os magistrados que lhe atribuem esse carácter.

Acontece, porém, que a nossa lei permite a qualquer dos ex-cônjuges pedir alimentos ao outro, desde que os necessite, e não apenas, como a lei francesa, só ao cônjuge inocente. E a conclusão a tirar é que a obrigação alimentar não tem, para nós, qualquer carácter indemnitário.

Se ela tivesse esse carácter indemnitário, entraria, fixada ela, no património do ex-cônjuge credor, pelo que não podia ser privado mais dela. Entretanto, ela é revogável, desde que deixe de ser necessária. E poderia conceber-se uma indemnização em virtude dum prejuízo, deixando de ser devida, quando o credor não tenha necessidade dela? Por outro lado, se tivesse tal carácter, o credor teria sempre direito a ela, e não só no caso de haver necessidade.

Parece pois, que, segundo a nossa lei, se trata de uma obrigação alimentar com fundamento no art.º 38.º do dec. n.º 1 e não de indemnização, como se tem pretendido dizer. De facto, o vínculo conjugal dissolve-se, mas mantém-se entre os ex-cônjuges, embora esbatidos, certos laços que tornam justo e moral que um deles, encontrando-se na miséria, possa exigir do outro que lhe preste socorro.

2 — Dado o nosso ponto de vista sobre a natureza jurídica dos alimentos devidos ao ex-cônjuge necessitado, incumbe saber a quem deve competir a obrigação de prestar alimentos à mulher divorciada que reside em casa dos pais, tendo estes meios suficientes para a sustentar.

Ficará o ex-marido exonerado dessa obrigação nessas circunstân-

---

(1) Labbé — Note au Sirey, 1893, I, 225.
Naquet — Note au Sirey, 1905, I, 9.
Aubry et Rau — Droit Civil Français, VII, § 480.º, nota 2.

(2) Gazeta da Relação, ano 48, pág. 308.

cias, ou serão os seus pais obrigados a prestar-lhos, de harmonia com a obrigação imposta às pessoas de família, nos termos do art.º 171.º do Código Civil?

O sr. Dr. Cunha Gonçalves (1) é de parecer que a obrigação dos parentes, a um tempo legal e moral, deve ter precedência sobre a obrigação do ex-cônjuge. E no mesmo sentido foi já decidido pela Relação de Lisboa, em acórdão publicado na Revista de Justiça (2).

Todavia, já a Relação de Luanda em decisão posterior (3) tomou posição diferente, atribuindo a obrigação alimentar ao ex-cônjuge desde que a mulher não tenha recursos próprios. Os argumentos apresentados neste acórdão são os seguintes:

a) — Muito embora não haja disposição que declare expressamente a quem compete a obrigação alimentar em tal situação, depreende-se fàcilmente do sistema seguido pela Lei do Divórcio que prefere a obrigação do ex-cônjuge, pois se trata duma obrigação especial, que deve prevalecer à obrigação geral do art.º 171.º e seguintes do Cód. Civil.

b) — Conclui-se também que a obrigação do ex-cônjuge prefere à desses artigos, visto que a lei permite à mulher pedir alimentos logo na própria acção de divórcio, sem de qualquer forma a condicionar, a não ser nos termos do art.º 29.º do Dec. de 3 de Novembro.

Estamos plenamente de acordo com a solução apresentada e com os argumentos aduzidos por este último acórdão. Temos, porém, ainda a acrescentar que a obrigação alimentar *iure conjugi* se apresenta com um carácter diferente da obrigação *iure sanguinis* imposta às pessoas de família no art.º 171.º e seguintes do Cód. Civil. Ora em face do que dissemos sobre o fundamento da obrigação *iure conjugi*, parece não restar dúvida sobre quem impende tal obrigação nas circunstâncias apontadas.

3 — Um ponto que vamos procurar esclarecer é o de saber se é possível a indemnização de perdas e danos em virtude de um pre-

---

(1) Tratado, Vol. VII, pág. 119.

(2) Acórdão da Relação de Lisboa, de 3 de Março de 1934 (in Revista de Justiça, Vol. 19, pág. 79).

(3) Acórdão da Relação de Luanda de 21/6/1934, in Gazeta da Relação de Lisboa, ano 48, pág. 311.

juízo resultante de qualquer facto que deu origem à dissolução da sociedade conjugal.

A doutrina e a jurisprudência francesa permitem que, independentemente da pensão alimentar referida no art.º 301.º, o cônjuge a favor de quem foi pronunciado o divórcio, possa obter uma indemnização de perdas e danos nas condições gerais de direito, se dos factos que motivaram o divórcio resulta para ele algum prejuízo material ou moral. Quer isto dizer que, se por culpa do cônjuge vencido na acção de divórcio, o cônjuge inocente sofreu algum prejuízo que tenha por fundamentos factos que motivaram o divórcio, ou estranhos a ele, ou o próprio facto do divórcio, pode exigir a reparação civil de tal prejuízo. Esta indemnização pode ser acumulada com a pensão alimentar, e tem carácter definitivo, não podendo, por consequência, ser suprimida, aumentada ou diminuída, embora possa ser concedida sob a forma de pensão.

Mas já a nossa lei subordina a responsabilidade civil à existência de culpa, tanto nas obrigações contratuais como na responsabilidade extra-contratual. Por isso se torna muito duvidoso que se possa admitir a indemnização pelo prejuízo moral resultante do simples facto do divórcio, porque se o cônjuge inocente prefere divorciar-se, nunca tal facto lhe deu lugar a exigir a reparação das suas consequências.

4 — Acerca das condições necessárias para se obter a pensão alimentar, o art.º 29.º confere a qualquer dos ex-cônjuges, e sem limitação alguma, o direito a ela, prestada pelo outro desde que este lha possa prestar e aquele prove que tem absoluta necessidade.

A obrigação de prestar alimentos é uma consequência do casamento e da sua dissolução pelo divórcio, independentemente do bom ou mau procedimento de qualquer dos divorciados. Já pelo § único do art.º 1.210.º do Cód. Civil se permitia esse direito à mulher contra a qual fosse decretada a separação judicial de pessoas.

A conclusão a tirar é que, mesmo no caso de adultério da mulher, esta tem o direito a que o marido lhe assegure os alimentos necessários. A doutrina do art.º 32.º, n.º 2, é só aplicável ao cônjuge que, depois de decretados os alimentos, se torna indigno desse benefício pelo seu comportamento moral.

E quando é que podemos dizer que determinado comportamento moral do divorciado o torna indigno desse benefício? Por exemplo,

devem cessar os alimentos no caso da mulher divorciada ter relações sexuais com outro homem?

Tudo depende das hipóteses a tomar em consideração que podem ter soluções diferentes, pois que o legislador não as podendo prever e regular a todas, deixou a solução de cada um ao arbítrio do juiz, empregando a expressão vaga de *comportamento moral.*

A este propósito, relembraremos a opinião do distintíssimo juiz do S. T. J., Dr. Avelino Leite, num acórdão em que ficou vencido (1):

«É intuitivo que quando a lei estabelece a cessação de alimentos no caso do cônjuge se tornar indigno desse comportamento moral, não tem por fim manter a obrigação de fidelidade, mas sim punir o alimentado que por escandalosa conduta atenta abertamente contra a segurança ou dignidade social. Não se afigura contra a dignidade social a mulher ou homem que por um impulso da sua fórmula endócrina individual, procura dar a natural satisfação às necessidades do seu sexo, sem despertar suspeitas alertantes da moralidade hipócrita do meio em que vive. O contrário seria sujeitar o divorciado a uma abstenção sexual nociva, aos prazeres solitários... De resto, dar-se-á o paradoxo de se reconhecer direito a alimentos no caso deles carecer, ao cônjuge culpado por adultério cometido antes de dissolvido o casamento por divórcio, e não se reconhecer aquele direito ao cônjuge inocente, por causa de facto posterior ao divórcio e quando de nenhum modo pode ser posto em causa, por não existir, o dever de fidelidade.»

Há ainda a acrescentar que se a divorciada, na data da sentença de divórcio, não carecer de alimentos, por ter bens seus ou haver recebido a sua meação dos bens comuns do casal, e se mais tarde cair na miséria, não terá direito a eles, pois a necessidade destes não pode dizer-se que seja determinada pelo divórcio.

No Código de Processo Civil não se encontra nenhum processo especial relativo ao processo para a concessão de alimentos definitivos. Apenas no capítulo IV referente aos processos preventivos e conservatórios se trata dos alimentos provisórios — art.º 393.º — que diz o seguinte: «como acto preparatório da acção em que *principal* ou *acessòriamente* se peça a prestação de alimentos...» Donde

---

(1) Ac. Rel. Lx. 2/12/33 — Gazeta da Rel. de Lx., ano 47, pág. 295.

se vê que a acção de alimentos definitivos pode ser proposta cumulativamente com a acção de divórcio ou posteriormente à sentença, como diz o art.º 30.º do dec. de 3 de Novembro, devendo seguir-se os termos do processo comum.

5 — Quanto à fixação do montante da prestação alimentar, o § único do art.º 29.º estabelece como máximo legal um terço do rendimento líquido do cônjuge que a presta. E, para a determinação do rendimento, o juiz tomará em conta, não só as despesas normais da produção desse rendimento, mas também todos os encargos com o sustento das pessoas de família do alimentante. A necessidade pessoal do alimentado determinar-se-á de harmonia com a sua condição social durante o casamento, sem atender às pessoas que estão a seu cargo; se tiver filhos e carecerem de alimentos, terão outro meio processual (art.º 1.452.º Cód. Proc. Civil) e com fundamento diverso para os requerer (art.º 172.º Cód. Civil).

Fixado o montante em função dos recursos do alimentante e das necessidades do alimentado, a pensão sofre as variações desses recursos e necessidades, aumentando ou diminuindo, podendo até acabar logo que cessem os recursos ou as necessidades.

A extinção não é, todavia, automática. Se o cônjuge alimentado vem a melhorar de fortuna, o seu ex-consorte deve fazer constatar ao tribunal tal melhoria, o qual, por nova decisão, reduz ou suprime a dita pensão. Do mesmo modo, se o cônjuge alimentante vê os seus recursos diminuídos deve requerer ao tribunal para relevar essa obrigação, sendo o outro obrigado a suportar esse estado de facto.

O quantitativo desta pensão não obedece ao mesmo critério dos alimentos provisórios, porque se trata de alimentos definitivos a que corresponde uma situação jurídica estável.

Mas, além da fixação judicial, pode também admitir-se a fixação convencional por documento autenticado desde que as partes não tenham a intenção de excluir o art.º 29.º, isto é, renunciar ao direito de exigir alimentos, mas sòmente evitar a intervenção judicial. Depreende-se isto por analogia com o art.º 176.º e 1.232.º do Cód. Civil.

6 — A obrigação legal de alimentos tem uma estrutura interna e natureza jurídica particulares, revestindo caracteres próprios que a distingue das obrigações comuns, fazendo dela um instituto «sui generis».

Esses traços diferenciais, que derivam da natureza particular e publicística, são os seguintes na nossa lei:

a) — Ela é constituída *intuitus personae*, quer dizer, é estritamente pessoal quer pelo lado activo, quer pelo passivo; e, portanto, em princípio, intransmissível. A intransmissibilidade não é absoluta pelo lado passivo. O legislador abriu uma excepção no art.º 176.º do Cód. Civil e nos art.os 1.231.º e 1.232.º (aplicação particular do art.º 176.º). Isto é, os art.os 1.231.º e 1.232.º estabelecem em relação à obrigação alimentar «iure coniugi» uma excepção ao princípio da intransmissibilidade, da mesma forma que o art.º 176.º estabelece, de modo directo, para a obrigação «iure sanguinis».

b) — Outra característica é a irrenunciabilidade à faculdade de exigir-se alimentos, mas pode convencionar-se o montante desses alimentos e, por conseguinte, transigir-se sobre esse montante. E justifica-se perfeitamente a inadmissibilidade da renúncia da obrigação alimentar legal, uma vez que o direito à vida, como direito originário, (art.os 359.º e 360.º do Cód. Civil), é de tal modo digno de tutela, que deve ser protegido ainda mesmo contra a vontade do seu titular.

No direito francês, segundo a doutrina da pensão-socorro, sendo de interesse e ordem pública as disposições do art.º 301.º, não seria de admitir a fixação convencional da obrigação alimentar e, por conseguinte, inadmissível também a transacção em matéria alimentar.

Todavia, a jurisprudência já admite a fixação convencional, por partilhar, neste ponto, da doutrina da pensão-indemnização que admite a transacção. Por sua vez, Aubry e Rau (1) afirmam que a pessoa a quem são devidos os alimentos em virtude da lei não pode transigir sobre o direito de os reclamar.

c) — Por fim, como se pretende assegurar a subsistência do alimentado, a lei só consente uma parcial penhorabilidade representada num terço do crédito alimentar (822 n.º 15 Cód. Proc.), e não se admite que este possa compensar-se com crédito ordinário que sobre a pessoa do alimentado o obrigado tenha.

O Código de Processo Civil atribui efeito retroactivo à fixação dos alimentos definitivos, considerando-a feita na data em que hou-

---

(1) Cours de Droit Civil, IV, § 420.º, pág. 663.

verem sido fixados os alimentos provisórios (§ único do art.º 1.120.º). Pelo art.º 671.º permite-se a alteração da sentença desde que se modifiquem as circunstâncias que determinaram a condenação, quando o réu tiver sido condenado a prestar alimentos. O processo a seguir para a alteração ou cessação dos alimentos é o do art.º 1.121.º.

No que respeita às garantias da pensão alimentar estabelecida, o art.º 906, n.º 5, do Cód. Civil declara que o ex-cônjuge credor tem hipoteca legal nos bens cujo rendimento se designou para a satisfazer, ou em quaisquer bens do devedor, onde não haja designação. Os art.os 909.º e 932.º do Cód. Civil referem-se ao registo, título constitutivo e limitação dos bens a registar.

Na execução especial por alimentos (Cód. Proc. Civil, art.º 1.119.º) permite a lei que o devedor seja compelido ao pagamento por meio de penhora parcial de certos bens declarados impenhoráveis (art.º 822.º, n.º 14, Cód. Proc.).

7 — Quanto à extinção do direito aos alimentos, a lei não considera desobrigado o ex-cônjuge que os presta se este contrair novo casamento.

Além dos casos de caducidade enumerados no art.º 32.º, deve também considerar-se cessada essa obrigação pela falência ou insolvência do devedor. A morte não exime os herdeiros do alimentante de continuar a prestá-los, por analogia com o art.º 1.231.º do Cód. Civil.

Se se permite ao cônjuge sobrevivo, em caso de necessidade, ser alimentado pelos rendimentos dos bens deixados pelo outro, é razoável que partilhe deste apanágio o ex-cônjuge divorciado que em vida do seu ex-consorte já usufruia uma pensão alimentar.

As pensões vencidas e não pagas à data da morte do pensionista, fazem parte do seu património e pertencem aos seus herdeiros ou credores. Aqui não há que pôr o problema do direito à pensão alimentícia, que constitui um direito pessoal e intransmissível, mas sim o problema da transmissão «mortis causa» dum direito de crédito. Se fosse a admitir-se a solução contrária, os credores do pensionista deixariam de receber os seus créditos provenientes de empréstimos que lhe fizessem ou de objectos que porventura lhe tivessem vendido.

Capítulo IV

EFEITOS RELATIVOS AOS FILHOS

É frequente dizer-se que os filhos são as primeiras vítimas dos dissentimentos havidos entre os pais. Evidentemente que, se sobrevem uma rotura conjugal, isso trás como consequência normal graves prejuízos para os interesses morais e materiais dos filhos. A educação deles ressente-se sempre do estado de hostilidade dos pais já existente, agravado muitas vezes pelas questões a que dá lugar o poder paternal. Tal animosidade não pode deixar de reflectir-se no respeito e dedicação dos filhos para com os seus progenitores.

Ao pronunciar-se o divórcio, não se faz mais que consagrar judicialmente um rompimento que já existia entre os cônjuges com os mesmos efeitos perniciosos. Não queremos tirar daqui qualquer argumento a favor do divórcio, embora, por vezes, o interesse dos filhos o reclame na expectativa dum novo casamento dos pais onde aqueles possam vir a encontrar uma situação mais feliz.

Nesta matéria, o intérprete da lei deve tomar, dentro do possível, as medidas necessárias para salvaguardar aquelas vítimas inocentes do divórcio.

Por outro lado, o Estado Português, como República Corporativa, atribui especial relevo à família, considerando-a a fonte de conservação e desenvolvimento da raça, a base primária da educação, da disciplina social e até fundamento da ordem política e administrativa. E, se a constituição da família assenta na igualdade de direitos e deveres dos dois cônjuges, quanto à sustentação e educação dos filhos legítimos, é de toda a conveniência que, na regulamentação do poder paternal no divórcio, se tenha em mente sempre aqueles princípios, como ponto de partida da jurisprudência, de forma a deliberar que, nas relações dos pais para com os filhos, em princípio, nada se modificou: — os pais e os filhos mantêm os mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres.

I — O direito de guarda como atributo do poder paternal sobre a pessoa dos filhos

Durante o casamento o exercício do poder paternal pertence a ambos os cônjuges como regra geral, e concebe-se perfeitamente que possa ser exercido simultâneamente por ambos; mas, no intuito de

evitar complicações e para que melhor possa assegurar-se a unidade na direcção dos interesses morais e patrimoniais dos filhos, o art.º 138.º do Cód. Civil confia o seu exercício especialmente ao pai como chefe de família. É uma excepção que se compreende e justifica.

Porém, com a dissolução da sociedade conjugal, então é que já não pode justificar-se sequer aquela posição de especialidade relativamente ao pai durante o casamento, quanto ao fim que tem em vista, uma vez inexistentes quaisquer restrições resultantes do julgamento do divórcio ou da lei que o regula. Se se pretende proteger os interesses dos filhos, então deve prevalecer o princípio geral da igualdade de direitos de ambos os ex-cônjuges quanto ao pátrio poder. Por isso o art.º 22.º declara que «o pai e a mãe conservam sobre os filhos o pátrio poder, enquanto dele não forem interditos, e têm o direito de vigiar e superintender na sua educação», e ao mesmo tempo é-lhes proibido renunciar ao poder paternal ou estabelecer cláusulas que inibam qualquer deles de os ver, visitar ou receber em casa (art.º 23.º).

Em virtude da situação anormal em que se encontra a família pela dissolução do casamento, não pode afirmar-se que os pais conservam totalmente o pátrio poder, visto que, sendo os filhos entregues a um deles ou a terceiro, perdem o outro ou ambos o direito de guarda e companhia, como atributo do mesmo poder, sobre os filhos.

Mas a quem devem ser estes confiados?

Autorizado o divórcio, havendo filhos menores, o juiz aguardará durante oito dias que os pais requeiram a homologação do acordo a que tenham chegado quanto à guarda e educação daqueles — art.º 1.452.º Cód. Proc. Desde que não haja acordo, e se o tribunal de menores for diferente do da acção de divórcio, este remeterá àquele o processo, que decidirá conforme a 2.ª parte do art.º 1.455.º, isto é, regulará o exercício do poder paternal de harmonia com os interesses do menor, podendo ser este confiado à guarda de qualquer dos pais, de terceira pessoa ou de estabelecimento de assistência ou educação. Contudo o juiz do tribunal de menores deve observar o art.º 21.º, que é um perceito doutrinário e não de processo. E, segundo ele, os filhos serão de preferência entregues e confiados ao cônjuge a favor de quem tenha sido proferido o divórcio; e no caso de manifesta inconveniência de serem entregues à guarda de qualquer dos cônjuges, serão todos ou alguns, confiados a terceira pessoa, preferindo

para esse fim os mais próximos parentes da linha paterna ou materna. Este ponto é o que mais embaraços oferece aos juízes pela situação dolorosa e delicada em que muitas vezes ficam os pais.

Pelas circunstâncias de cada divórcio se apresentar com aspectos tão multiformes, é que para se obter uma justa decisão se atribui ao juiz uma liberdade absoluta no concernente à pessoa a quem deve ser confiada a guarda dos filhos.

O critério da preferência legal não confere um direito ao cônjuge vencedor, nem tão pouco impõe uma obrigação ao juiz. Tal critério representa uma influência da lei francesa, determinando que, em princípio, os filhos devem ser confiados ao cônjuge inocente. Mas é de toda a evidência que o tribunal, regulando a guarda e educação dos filhos, tem de inspirar-se ùnicamente no interesse destes, pelo que o legislador deu ao magistrado aquela indicação para que ele a siga à falta de outra, isto é, quando não haja motivos superiores para ser preferido o cônjuge vencido. O interesse dos filhos não tem qualquer espécie de relação com a culpa ou com a inocência dos pais. Como notam Colin e Capitant, «um mau marido não é forçosamente um mau pai» e, da mesma maneira, um mau passo que provocou o divórcio contra a mulher, não faz dela necessàriamente uma má mãe.

Tirar os filhos ao cônjuge que aparece culpado é tão arbitrário, como entregá-los sem qualquer indagação ao cônjuge inocente. Deve pois o juiz do respectivo tribunal ponderar sobre todas as circunstâncias morais e materiais dos divorciados, e também as da idade, saúde, sexo e educação dos filhos. Sendo eles de tenra idade, não devem ser tirados à mãe durante o período da lactação, não dando ela motivo a tal procedimento. Os preceitos do art.º 34.º e 35.º do dec. n.º 1 de 1910, podem servir de direito subsidiário para os casos de divórcio, sempre que as circunstâncias concretas não contra-indicarem a sua aplicação, seja a favor, seja contra o progenitor a quem os filhos estão confiados.

A referência no § único do art.º 21.º à *manifesta inconveniência* reporta-se ao aspecto moral, como a indignidade dos pais ou o perigo que correm as crianças com discernimento suficiente para serem influenciadas pelos maus costumes dos pais quando impossibilitados de os educarem convenientemente.

Quaisquer que sejam as soluções que o juiz adopte a respeito de filhos de pais divorciados, elas consideram-se sempre provisórias, sujeitas a revisão por superveniência de quaisquer factos imprevistos. E, do mesmo modo, poderão ser tomadas providências provisórias pelo juiz da causa acerca dos filhos menores enquanto se não achar resolvida a acção de divórcio (art.º 1459.º Cód. Proc.). Admitamos que, estando pendente a acção de divórcio, não se tenha tomado durante ela ou no depósito da mulher, qualquer providência relativa aos filhos; poderá a mulher, sabendo que o marido tenciona fazer seguir um deles para fora do continente, requerer nessa acção que se tomem as providências necessárias para impedir a partida desse filho?

Estabelecendo-se claramente no art.º 39.º do dec. n.º 1 de 1910 que «a sociedade conjugal assenta na igualdade de direitos», e ainda «que ao cônjuge marido incumbe especialmente a obrigação de defender a pessoa e bens dos filhos menores», não deve dar-se por isso preferência aos direitos do pai sobre os da mãe, porque então seriam prejudicados os preceitos do art.º 22.º e 23.º, ficando a mãe privada de ver e visitar os filhos. E, como sabemos, toda a lei, que reconhece um direito há-de reconhecer os meios indispensáveis ao seu exercício.

A entrega dos menores a um dos divorciados ou a terceira pessoa faculta quase sempre o direito de ver e visitar os filhos, embora a regulamentação do exercício deste direito desça ao pormenor de fixar os dias e horas nos locais combinados ou autorizados judicialmente.

Se o pai, ou a mãe, ou a terceiro pessoa a quem foram confiados, se recusa a deixar que o outro progenitor os veja, visite ou receba em sua casa, nas horas, dias ou épocas designadas por acordo ou sentença, sujeitam-se à pena de multa até 2.000$00 conforme as circunstâncias, sendo a multa convertível em prisão pelo não pagamento — Dec. 20.431 de 24 de Outubro de 1931.

Convém notar que o progenitor que recuse entregar ao outro um filho, embora contra ordem judicial, poderá praticar um acto civilmente ilegal, mas nunca um crime. Não se pode classificar como crime o acto praticado por um dos pais contra a vontade do outro, pois este dissentimento não impede que aquele progenitor esteja exercendo o seu pátrio poder.

Uma questão que pode levantar-se é a de saber se as medidas prescritas pelo tribunal cessam pelo simples facto da morte do cônjuge a quem esteja confiada a guarda dos filhos. Ficará o outro automàticamente investido do pleno poder paternal, por esse facto, ou terá de esperar que o tribunal modifique as medidas precedentemente ordenadas?

Poderia argumentar-se que o tribunal, ao ordenar certas medidas, fá-lo ùnicamente no interesse dos filhos, e sendo esta a causa determinante da decisão elas devem subsistir, e que o único direito conferido ao cônjuge sobrevivo era requerer ao tribunal a entrega do menor, em razão do novo estado de coisas, mesmo no próprio interesse deles. Tal solução seria contrária aos princípios fundamentais do poder paternal.

A decisão que regula a guarda dos filhos menores não produzirá efeito senão até à morte de um dos cônjuges. Depois disso, prevalece o direito comum, e o cônjuge sobrevivo assume todos os direitos que o poder paternal lhe confere. Esta solução, respeitando os princípios gerais, não é contrária aos interesses dos filhos, porque a lei processual civil faculta sempre os meios necessários para inibir total ou parcialmente do poder paternal um pai ou mãe indignos de o exercerem.

É evidente também que a morte de um filho confiado à guarda dum dos antigos cônjuges faz desaparecer a sua situação privilegiada e, por conseguinte, parece que, no respeitante à reivindicação do corpo e escolha do local da sepultura, os direitos do pai e da mãe são iguais.

II — Atributos do poder paternal sobre os bens dos filhos

Pode confiar-se a guarda dos filhos menores e administração dos seus bens a um só dos pais, que o outro não fica por isso inibido do poder paternal, pois conserva sempre o direito de os visitar e fiscalizar a sua educação. É bem expresso neste sentido o art.º 1.º do dec. 20.431: «Compete às tutorias de infância (1) regular ou condi-

(1) Hoje Tribunais de Menores.

cionar o exercício do poder paternal sobre os filhos menores, sem que todavia as providências adoptadas importem a inibição do referido poder».

A administração dos bens dos filhos menores em virtude da necessidade de imprimir uma unidade na direcção dos interesses materiais, é confiada a um dos pais logo que seja homologado o acordo a que tenham chegado. Se não houver acordo o juiz não atribuirá necessàriamente ao pai tal encargo, mas sim aquele que, conforme as circunstâncias, melhores condições ofereça na defesa e protecção daqueles interesses.

Será porventura administrador dos bens dos menores aquele a quem os filhos forem entregues? São circunstâncias que têm de ser colocadas num plano de razoabilidade, que pode levar o juiz até a entregar a administração desses bens a terceira pessoa. O que tiver as funções de mero administrador desses bens estará sempre sujeito ao processo especial de prestação forçada de contas, regulado no art.º 1.012.º e seguintes do Cód. de Proc. Explica-se neste caso tal exigência em virtude de ambos os pais, embora estranhos um ao outro, terem o usufruto nos bens dos filhos menores de que não sejam excluídos, bem como a propriedade que os filhos adquirem com o emprego de meios ou capitais pertencentes aos pais.

E não se diga, como já se afirmou (1), que a letra do art.º 144.º e 145.º do Cód. Civil é inaplicável para a hipótese de estar o casamento dissolvido. E não se diga também, sob o pretexto de que os filhos não estão na companhia de ambos os pais, que já não existe comunhão entre eles.

Porque não haviam os pais de ter comunhão nos bens dos filhos menores? Se eles têm um direito potencial à sucessão nos bens dos filhos, porque não hão-de manter o usufruto dos bens doados aos filhos sem expressa exclusão dos pais? Porventura não conservam eles o poder paternal após a dissolução do casamento?

A fórmula «*em companhia dos pais*», que se encontra no art.º 144.º e 145.º, não pode interpretar-se à letra, porque não exprime uma situação puramente material de os filhos viverem em casa dos pais, mas a situação jurídica de viverem sobre o seu pátrio poder.

Não deixa de viver na companhia dos pais o estudante que uma

---

(1) Vaz Ferreira — in Comentário, pág. 128.

vez por ano passa alguns dias com cada um deles. Nunca foi posta em dúvida a doutrina de que, os filhos forem entregues a uma terceira pessoa, ou a um dos cônjuges, ambos os pais, no primeiro caso, ou o outro, no segundo, mantenham o usufruto legal, não obstante não poder dizer-se, em rigor, que os filhos continuam a viver em companhia dos pais (1).

Vejamos algumas considerações:

No art.º 145.º diz-se quando é que aos pais pertence o usufruto. Nos art.os 146.º e 147.º indicam-se os casos em que os pais o não têm. Estas três disposições seriam de certo modo incompreensíveis, se o simples facto dos filhos abandonarem o domicílio paterno importasse a perda do usufruto, pois nem o art.º 146.º prevê em termos gerais essa hipótese, para atribuir aos pais a mera administração, nem o art.º 147.º supõe outro caso da extinção do usufruto pela não convivência que não seja a dos filhos viverem sobre si com permissão dos pais. Portanto à vida *em companhia dos pais*, deve contrapor-se a *vida sobre si com permissão dos pais*. Esta orientação foi seguida no próprio código em matéria de separação de bens, e é aplicável à anulação do casamento por força do art.º 32.º do dec. n.º 1 de 1910, estando no pátrio poder indubitàvelmente incluído o usufruto legal (2).

Até mesmo por considerações de razoabilidade, não deve a possibilidade legal da perda do usufruto apresentar-se como um entrave, a que os pais dêem aos filhos uma situação que os favoreça.

III — Direitos dos filhos em relação aos pais

Vigora aqui ainda o princípio geral, pressupondo-se que nenhuma mudança se estabelece acerca da situação tanto dos pais como dos filhos pelo advento do divórcio.

Todas as consequências do parentesco, direitos sucessórios recíprocos, direito aos alimentos, vantagens asseguradas pelos pais, etc., não sofrem qualquer modificação. Os pais continuam a ser obrigados a contribuir, mas agora proporcionalmente aos seus bens, para as

---

(1) Cunha Gonçalves — Tratado, II, pág. 701.

(2) Dr. Pires de Lima — Casamento Putativo, pág. 308 e segs.

despesas indispensáveis ocasionadas pela educação e sustento dos filhos, mesmo que não tenham o direito de guarda sobre eles.

Esta obrigação alimentar tem um alto significado moral, por se fundar numa afeição nascida nos laços de sangue que a caracteriza e distingue da pensão estabelecida em favor do cônjuge, pois cada uma delas tem as suas condições de existência próprias e modos de extinção particulares.

O art.º 24.º do dec. de 3 de Novembro, não é mais do que o disposto no art.º 140.º do Código Civil que regula de modo especial a obrigação alimentar quanto aos filhos legítimos menores. O Código de Processo estabelece, no art.º 1.462.º, o *modus faciendi* para a sua concessão. É de tal importância este dever que pode ser interdito do poder paternal aquele que o não queira cumprir.

Quanto à proibição geral dos empréstimos aos filhos famílias, admite-se por excepção os que são destinados aos seus alimentos achando-se eles ausentes das pessoas a quem pertencia autorizá-los (n.º 3 do art.º 1.536.º). Os alimentos devem ser prestados por ambos os pais conforme as suas posses e o estado social, suposto que tenham ambos bens seus não comuns, recaindo apenas sobre um, se o outro não tiver recursos suficientes. E não se trata de uma obrigação solidária, de forma que, se os credores de alimentos pretenderem satisfazer os seus créditos, só podem exigir metade de cada um dos pais, se ambos forem solváveis, não tendo o que pagou a dívida na totalidade direito de regresso contra o outro.

Falecendo um dos pais, a incumbência da obrigação alimentar passa exclusivamente para o sobrevivo, o que de certo modo se explica em virtude dele ter o usufruto legal sobre os bens herdados pelo filho menor e que constituem a sua legítima.

Esta poderá ser executada, no caso de insuficiência de recursos dos pais, para pagamento de alimentos e instrução dos menores, quando ela resulta de contrato ou mandato daqueles.

A fiscalização do cumprimento do acordo dos pais ou da sentença relativa a alimentos e educação dos filhos é directamente exercida pelo Tribunal de Menores, que poderá delegar essa fiscalização em pessoa idónea, sob a superintendência do curador de menores — dec. 20.431, art.os 17.º e 11.º, § 1.º.

O que não prestar alimentos no prazo de 90 dias a partir da sentença que os decretou, incorre no crime de abandono da família,

punido com prisão correccional até 6 meses, que não pode ser convertida em multa, devendo ser cumprida em regime de trabalho obrigatório — art.os 16.º e 18.º do mesmo decreto.

No que respeita às garantias desta obrigação, temos de dizer que elas são idênticas às versadas a propósito da prestação de alimentos devida ao ex-cônjuge necessitado.

Nunca o divórcio dos pais prejudicará os filhos em quaisquer vantagens que lhe estejam asseguradas na lei, pelos mesmos pais ou por terceira pessoa — art.º 25.º do dec. de 3 de Novembro. Ora uma das vantagens asseguradas aos filhos, é a de estes colherem o usufruto dos seus bens, quando o pai sobrevivo não promova o inventário dentro do prazo da lei — art.º 156.º do Cód. Civil. Mas como a disposição é só aplicável para o caso de morte de um dos cônjuges, nunca poderíamos fundamentar-nos no art.º 2.º, como já se fez (1), para equipararmos os efeitos do divórcio aos da morte, e daí concluir-se pela obrigatoriedade do inventário orfanológico dentro do respectivo prazo. No inventário por divórcio os filhos não são herdeiros dos pais, porque não há herança. Ainda mesmo na hipótese de renúncia, nos termos do art.º 27.º, a favor do filho menor, onde este tem um interesse directo, se pode admitir tal obrigatoriedade. Neste caso, os direitos dos filhos, relativamente aos bens renunciados em seu favor, encontram-se sempre jurìdicamente tutelados sem necessidade de recorrer a inventário, que só por morte de um dos divorciados teria lugar na hipótese de menoridade daqueles.

Finalmente para acabarmos o capítulo respeitante a esta matéria, vamos tratar dum problema que pode suscitar-se, a propósito do art.º 60.º do dec. de 3 de Novembro, e que consiste em saber se deve ou não considerar-se emancipado o menor de vinte e um anos, mas maior de dezoito, filho de divorciados, que não requereu o averbamento da sua emancipação.

Três soluções se apresentam para resolver este problema:

a) — A primeira sustenta que logo que ele atinja os dezoito anos, fica emancipado de pleno direito e maior para todos os efeitos legais, independentemente de qualquer formalidade (2).

---

(1) Vaz Ferreira — Comentário, p. 133, e M. Madeira — Notas, pág. 161.

(2) J. Tavares — Princípios Fundamentais de Direito Civil, I, pág. 789.
C. Gonçalves — Tratado, II, pág. 130.

Todavia esta solução não pode admitir-se em face do actual Código de Registo Civil, pois o seu art.º 2.º declara que «*é obrigatória a inscrição no registo civil* dos factos relativos ao estado civil dos indivíduos, os quais *só poderão provar-se pelos meios indicados neste código*» e o art.º 396.º do mesmo Código afirma que «o estado civil prova-se, conforme os casos, por meio de certidões, boletins, cédula pessoal e bilhete de identidade». Quer dizer: *sempre por intermédio do registo civil.*

Portanto, a expressão *emancipação de direito* deve ser interpretada com especial cuidado. E ainda mesmo que a lei ordene o averbamento ex-ofício da emancipação, como acontece com os expostos e abandonados, não deixa de ser necessário o registo, pois enquanto ele não existir não pode considerar-se provado o novo estado.

O Código de Registo Civil, no art.º 392.º, atribui aos filhos dos divorciados o direito de requerer o averbamento, não podendo ser feito ex-ofício. *Emancipado de direito* só pode considerar-se, portanto, aquele que, independentemente duma concessão dos pais, do concelho de família ou da tutoria, está em condições legais de ser havido como maior, mediante um simples averbamento imposto ou requerido.

b) — Outra solução é de considerar-se emancipado em relação aos pais, e em relação a terceiros torna-se necessário o averbamento de emancipação.

Esta solução é também inadmissível. Resulta duma confusão manifesta entre o registo predial e o registo civil, considerando este como um simples instituto de protecção de terceiros e da sua boa fé, como se fosse um instituto destinado a dar publicidade ao estado civil das pessoas, quando é certo que nunca foi este verdadeiramente o seu objectivo. O nosso sistema de registo tem o seu fundamento no registo instituído pela Igreja. A sua existência tornava-se já ali necessária para *assegurar elementos de prova* e não como sistema de publicidade.

No Código Civil, o registo predial é versado no capítulo relativo à «*caução e garantia dos contratos*», e já o registo civil é tratado no título «*da prova documental*», declarando-se no art.º 2.441.º que «os factos do nascimento, casamento e óbito *provam-se* pelo registo instituído para esse fim».

Ora não podendo provar-se a emancipação, ela é ineficaz, quer

em relação aos próprios interessados, quer em relação a terceiros. Os tribunais não podem fazer qualquer distinção sem manifesta violação da lei, ao considerar emancipado alguém que não esteja registado como tal.

c) — A solução a adoptar e que se impõe em face da lei, é, pois, a de considerar emancipados aqueles que o possam provar através do registo. O art.º 60.º foi estabelecido ùnicamente em benefício dos filhos. Por isso, se a lei concede aos menores de 18 anos, filhos de pais divorciados, o direito de emancipação, só estes têm a faculdade de efectivar o averbamento desde que o requeiram. É expresso nesse sentido o art.º 392.º do Código do Registo Civil, ao dizer que a emancipação será averbada a *pedido dos filhos,* e isto porque é obrigatória a sua inscrição no registo civil. Antes disso, tendo o direito de emancipar-se, consideram-se menores para todos os efeitos.

Por força só do art.º 60.º não os podemos considerar maiores, pois ficaria sem aplicação o art.º 392.º, quando porventura eles não quisessem requerer o averbamento. A solução tem de ser esta, mesmo pela análise do disposto no art.º 307.º do Código Civil que exige sempre a aceitação por parte dos menores.

Se os menores se emancipassem contra sua vontade, poderiam surgir situações chocantes nos processos da competência dos tribunais de menores. Foquemos este exemplo: existem filhos legítimos de pais divorciados e ilegítimos perfilhados por um desses pais, obrigados à prestação de alimentos; os legítimos, aos dezoito anos, vivendo em precárias circunstâncias, ficariam sem alimentos, tendo de recorrer depois ao tribunal comum para os receberem; os ilegítimos continuariam sob a protecção da tutoria e a receber até aos vinte e um anos as suas pensões, se delas carecessem, e lhes pudessem ser prestadas.

CARLOS RAMOS FERREIRA