

Diogo Leite de Campos

Lições de
**Direito da Família
e das Sucessões**

2.^a EDIÇÃO
REVISTA E ACTUALIZADA

ALMEDINA

Diogo Leite de Campos

Lições de
**Direito da Família
e das Sucessões**

2.^a EDIÇÃO
REVISTA E ACTUALIZADA

ALMEDINA

DIOGO LEITE DE CAMPOS
PROFESSOR CATEDRÁTICO DA FACULDADE DE DIREITO DE COIMBRA
E DA UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

LIÇÕES
DE DIREITO DA FAMÍLIA
E DAS SUCESSÕES

2.ª Edição
Revista e Actualizada
(4.ª Reimpressão da edição em 1997)



LIÇÕES
DE DIREITO DA FAMÍLIA
E DAS SUCESSÕES

DIOGO LEITE DE CAMPOS
PROFESSOR CATEDRÁTICO DA FACULDADE DE DIREITO DE COIMBRA
E DA UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

LIÇÕES DE DIREITO DA FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

2.^a Edição
Revista e Atualizada
(4.^a Reimpressão da edição em 1997)



LIÇÕES DE DIREITO DA FAMÍLIA
E DAS SUCESSÕES

AUTOR
DIOGO LEITE DE CAMPOS

EDITOR
EDIÇÕES ALMEDINA, SA
Av. Fernão Magalhães, n.º 584, 5.º Andar
3000-174 Coimbra
Tel.: 239 851 904
Fax: 239 851 901
www.almedina.net
editora@almedina.net

PRÉ-IMPRESSÃO | IMPRESSÃO | ACABAMENTO
G.C. GRÁFICA DE COIMBRA, LDA.
Palheira – Assafarge
3001-453 Coimbra
producao@graficadecoimbra.pt

Março, 2008

DEPÓSITO LEGAL
108078/97

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação
são da exclusiva responsabilidade do(s) seu(s) autor(es).

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer
processo, sem prévia autorização escrita do Editor, é ilícita
e passível de procedimento judicial contra o infractor.

PREFÁCIO DA PRIMEIRA EDIÇÃO

*Um*s Lições são necessariamente diferentes, na sua intenção – resultado, de um Manual ou de um Tratado. Não pretendem fornecer ao prático do Direito, comumente apressado, uma informação sucinta do estado do problema, com forte referência positiva; como não é sua pretensão tratar minuciosamente a matéria com carácter problemático e doutrinal, como no Tratado. Estas Lições são o seguimento de outras, as únicas que merecem realmente esse nome, as lições orais.

Sendo estas últimas alteradas de ano para ano, quantas vezes criadas ou recriadas no momento da exposição, em termos de a lição ser mais o que se vai dizer do que aquilo que se pensou, umas lições escritas não podem querer ser mais do que um contraponto, um memorial, um ponto de referência para os estudantes.

Nestes termos, nunca dispensarão, naturalmente, a maior competência e riqueza da exposição oral. Como exigirão a consulta de outros elementos de estudo aptos a desenvolverem os temas expostos, a dar-lhes maior riqueza problemática e a desenvolverem o espírito crítico e a capacidade criativa dos estudantes.

Parece, pois, claro que estas lições escritas são um instrumento de trabalho acentuadamente transitório e nutável, incompleto na sua intenção, integrado num plano mais vasto que é o estudo do Direito da Família e das Sucessões. É minha intenção renová-las com a mesma frequência e curiosidade com que revejo os meus pontos de vista sobre as muitas e desvairadas matérias do Direito da Família e das Sucessões. Se tal será possível, só o futuro o dirá.

A reunião do Direito da Família e do Direito das Sucessões numa única obra não é «meramente» formal: não se trata de uma simples sequência, mas de uma união determinada por razões científicas, embora conjunturais.

Defendi, em escritos sobre a matéria de Direito da Família e das Sucessões em Direito português, que o estatuto patrimonial da família compreende necessariamente a matéria da sucessão «moris causa»; esta última é disciplinada fundamentalmente segundo as exigências do modelo familiar, em obediência ao princípio de que a propriedade é (deve ser) mais familiar do que pessoal. A sucessão «moris causa» aparece como um momento de crise nas relações familiares que se resolve, normalmente, ainda no âmbito da família.

Assim, sítiei o Direito das Sucessões no quadro das relações patrimoniais da família. Desenhei, nestes termos, um plano da Cadeira dividido em duas partes: uma, respeitante às relações pessoais; outra, referente às relações patrimoniais da família.

Na primeira parte, incluí-se-iam as relações pessoais entre os cônjuges e a filiação.

Na segunda, os regimes de bens e as sucessões.

Contudo, subsistiam algumas matérias de enquadramento duvidoso. Não parecia difícil aceitar o enquadramento na filiação – situada na primeira parte – das relações de carácter patrimonial com esta conexão. Existe aqui um vínculo funcional que justifica tal anexação. E o pouco espaço que tive de atribuir a essas relações, não exigia que lhes concedesse um capítulo autónomo.

O contrato de casamento, enquanto acto constitutivo do estado de casado, foi situado no início da secção destinada às relações pessoais entre os cônjuges, introduzindo estas e a parte consagrada à filiação (que ainda hoje tem, sobretudo, como fonte o casamento). Foi uma opção que me pareceu menos difícil de tomar.

Coloquei a modificação e a extinção da relação matrimonial a encerrar a parte destinada às relações pessoais entre os cônjuges. Sem ignorar a influência que ela exerce nas relações de filiação e nas relações patrimoniais entre os cônjuges que constituem objecto de capítulos subsequentes. Afigurou-se-me que deveria sublinhar a íntima relação, quase automática, existente entre os deveres (pessoais), a violação dos deveres recíprocos dos cônjuges e a separação judicial de pessoas e bens e o divórcio.

Aproveito a oportunidade para deixar expresso – embora resultasse do programa que elaborei – que considero o casamento (e a filiação) como instrumentos naturalmente destinados, antes de mais, à colaboração entre pessoas, à sua felicidade e realização pessoais. Para as

quais a colaboração patrimonial – embora imprescindível – não é mais do que um componente. Julgo ser (ainda) acompanhado nesta matéria por legisladores, autores e representações sociais. Sem ignorar a importância que vem sendo atribuída no ensino de múltiplas Universidades estrangeiras aos regimes de bens do casamento, em termos de esta matéria ser objecto de uma cadeira autónoma, embora semestral, quando o casamento, as relações pessoais e o divórcio estão dissolvidos no âmbito de uma cadeira consagrada ao Direito das pessoas. Se o casamento, enquanto relação pessoal, se transformar, jurídica e socialmente, num contrato a médio prazo – embora eventualmente a prazo incerto – entregue à vontade dos cônjuges, ou só à vontade de um deles, o casamento e a sua dissolução sairão largamente do mundo do Direito. Deixarão de ser um problema jurídico a disciplinar e a resolver. Como problema ficarão só as relações patrimoniais entre os cônjuges, sendo a sociedade conjugal reduzida a uma sociedade económica, a disciplinar e a resolver nestes termos. Pelo que o Direito da Família se virá a concentrar à volta do Direito dos regimes de bens, sendo o casamento deixado à sociologia, à história e à psicologia. O que implicará o desaparecimento do Direito da Família ...

Contudo, sendo eu a minha circunstância, consagrei uma parte mais reduzida às relações patrimoniais entre os cônjuges (regime de bens no casamento), em relação à que concedi às relações pessoais.

Esta diferente valoração faz-se sentir, nomeadamente, na introdução das Lições, em que o fenómeno (social e jurídico) da família é visto, sobretudo, como intra-pessoal, embora com consequências patrimoniais.

Nesta introdução privilegia-se o diálogo entre a família – instituição jurídica e a família – instituição social. Diálogo que se pretende manter constante ao longo de todo o curso, através das lições introdutórias de cada parte. Será necessário justificá-lo na sua intenção e no seu âmbito? Justificar a perspectiva genealógica que se pretende dar da família e de todos os seus aspectos? Embora consciente da distância entre a intenção e o resultado, tentei que estas Lições fossem a história do ser humano que se casa, que vive como casado, que procria, que falece e que deixa os bens a outros homens.

Hoje reeditou-se a «questão do casamento». Já não a questão do casamento civil, mas a do significado e da própria existência do casamento, do casamento – contrato entre duas pessoas de sexo diferente,

tendencialmente perpétuo, monogâmico, do casamento que faz de duas pessoas "uma carne". E este problema transformou também em problema a filiação, os regimes de bens, as sucessões, etc. Como tratar o Direito da Família e o Direito das Sucessões como algo de dado, de estático, correspondendo à «natureza das coisas», como talvez se pudesse fazer ainda no séc. XVIII? Para que a alteração de um artigo do Código Civil não inutilize longas aprendizagens universitárias, haverá que formar os estudantes. Haverá que lhes fazer compreender as instituições através dos seus fundamentos sociais, das suas raízes (e das suas perspectivas de evolução) sendo, mais uma vez aqui, o futuro, o passado que avança. Em termos de poderem determinar criticamente o valor do casamento e da família.

A esta Introdução está ligado um certo número de lições introdutórias de cada capítulo ou parte, que se quiseram de síntese e de relação de cada matéria com as restantes. Em termos de constituir, a Introdução e estas lições, uma espécie de curso sintético de particular ligação à movente realidade social, de justificação da regulamentação jurídico-positiva, e de que as outras lições representam, afinal, um desenvolvimento e aprofundamento de carácter mais positivo.

Tentei que cada lição fosse uma unidade lógico-expositiva. Não fraccionando temas, ou não agregando na mesma lição matérias muito diversas. Nem sempre foi completamente possível.

PLANO SINTÉTICO DO CURSO

INTRODUÇÃO

- O Problema Normativo da família
- A família como grupo social e instituição jurídica
- O Direito das Sucessões e a família

I PARTE

AS RELAÇÕES PESSOAIS NA FAMÍLIA

- 1 – As relações pessoais dos cônjuges. Constituição, modificação e extinção do estado de casado
- 2 – A filiação

II PARTE

AS RELAÇÕES PATRIMONIAIS NA FAMÍLIA

- 1 – Os regimes de bens no casamento
- 2 – Direito das Sucessões

INTRODUÇÃO

I LIÇÃO

NOÇÃO JURÍDICA ACTUAL DA FAMÍLIA.
O CAMPO DO DIREITO DA FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

INTRODUÇÃO

A família em sentido jurídico é integrada pelas pessoas que se encontram ligadas pelo casamento, pelo parentesco, pela afinidade e pela adopção. O campo do Direito da Família compreende, portanto, a matéria das relações familiares, tanto nos aspectos pessoais, como nos patrimoniais.

Constituirá objecto do curso, dentro do Direito da Família, só a sua parte civil, o Direito Civil da família. Excluindo-se todos aqueles ramos do Direito ou institutos que se ocupam das relações familiares, mas que se integram nomeadamente no Direito público (como o Direito da segurança social).

O Direito da Família compreende um certo número de divisões fundamentais: o matrimónio, o estado de casado, no seu duplo aspecto pessoal e patrimonial, a filiação (também esta sendo analisada no seu aspecto pessoal e patrimonial).

O Direito das Sucessões versa o processo sucessório, ou seja, o conjunto de actos necessários para que os bens de uma pessoa falecida sejam adquiridos por outra.

Os títulos de aquisição sucessória são a vontade do «de cuius» (manifestada através de contrato ou testamento) e a lei (sucessão legítima e legítimária).

1 – NOÇÃO JURÍDICA DE FAMÍLIA

1.1 – A família

A família, em sentido jurídico, é constituída pelas pessoas que se encontram ligadas pelo casamento, pelo parentesco, pela afinidade e pela adopção (art. 1576.º do Código Civil).

Passo a descrever sumariamente estes quatro tipos de relações familiares.

Deixarei, desde já, claro, que a família não é em si uma pessoa jurídica, colectiva, portadora de interesses diferentes da comunidade dos seus membros. Quando a lei fala de «bem da família» (art. 1671.º do Código Civil) ou de «interesses morais da família» (art. 1677-C n.º 1) está a referir-se ao bem ou aos interesses de todos e de cada um dos seus membros. A família é uma comunidade particularmente propícia à realização pessoal de certas pessoas (os cônjuges, os parentes, os afins ...), mas não uma entidade diferente destes e muito menos superior ou soberana.

1.2 – As relações familiares

1.2.1 – A relação matrimonial

A relação matrimonial é a que se estabelece entre os cônjuges em consequência do casamento.

O contrato de casamento afecta profundamente o estado das pessoas, os seus direitos e obrigações, não só de carácter pessoal, como patrimonial. O art. 1577.º do Código Civil define casamento como um

inicial, num contrato, o concubinato só existe enquanto se mantiver o consenso dos concubinos.

Este consentimento fixa, não só o início e o fim do concubinato, como o seu conteúdo, o significado do vínculo.

O Direito comparado oferece-nos múltiplos e dispares exemplos de tratamento da união de facto "more uxorio". Desde os ordenamentos jurídicos, como o brasileiro, que a consideram uma relação familiar, atribuindo-lhe a maior parte dos efeitos patrimoniais do casamento. Outros Estados seguem este caminho. Na Bolívia, e no México, e pelo menos se há prole, os efeitos patrimoniais da união de facto são muito próximos dos do casamento.

Os Estados europeus e os de "common law" atribuem, em regra, efeitos patrimoniais ao concubinato, muito variáveis conforme o ordenamento jurídico⁽¹⁾.

1.2.2.2 - Direito Português

A união de facto não é, em Direito português, relação familiar. Não é regulada de modo semelhante ao casamento, embora produza alguns efeitos de Direito. Nem é considerada um outro vínculo jurídico familiar.

Produz, contudo, alguns efeitos jurídicos. Assim, os arts. 953.º e 2196.º do Código Civil limitam as liberalidades entre os concubinos; o art. 1871.º, l. c), estabelece uma presunção de paternidade em relação ao concubino; o art. 2020.º concede a qualquer dos concubinos, por morte do outro, um direito a alimentos sobre a herança do falecido. Por aplicação analógica do art. 1691.º, b), a dívida contraída por um dos concubinos para fazer face aos encargos do casal, também responsabiliza o outro; tanto nas relações internas como nas relações com terceiros, por não ser exigível a estes o conhecimento da inexistência de casamento por detrás da sua aparência. Também parece ser de

(1) P. Kaltenbach, *La famille contre les pouvoirs*, 1985; L. J. Weitzman, *The marriage contract, spouses, lovers and the law*, N. Y., 1981; diversos Autores em "Indépendance financière et communauté de vie", Paris, 1989; A. Sanchez-Cordero, "Cohabitation without marriage in Mexico", *Am. Journ. comp. law*, 1980, p. 279-284; Colóquio de Berkely, de 1980, no *Am. Journ. comp. law*, 1981.

contrato entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma comunhão de vida.

Da comunhão de vida que os conjugues estabelecem, em termos de colaboração íntima em todos os aspectos da existência humana, resultam «naturalmente» filhos: constitui-se família. Na sua colaboração na satisfação das necessidades económicas de cada um e do grupo familiar, estabelece-se uma colaboração patrimonial que pode chegar ao ponto da comunhão de bens.

O casamento é hoje, em Portugal, a principal fonte de relações familiares, representando o núcleo da família, e sendo a fonte largamente predominante da procriação. Assim, consagrar-lhe-ei a maior parte das lições destinadas ao Direito da Família, analisando-o no seu duplo aspecto, pessoal e patrimonial.

1.2.2. - União de facto

1.2.2.1. - Generalidades

Para relevar, ou pretender relevar, da atenção do Direito da Família, a união de facto tem de ser "more uxorio", semelhante à união conjugal. Com efeito, o Direito à Família não cuida (não tem cuidado e parece não dever cuidar) de simples uniões passageiras entre indivíduos de sexo diferente que não assumam um carácter de estabilidade e de comunhão semelhantes ao do casamento.

A união de facto não é casamento; mas assume algumas das suas características.

É uma relação entre um homem e uma mulher. De outro modo, não pode pretender ser semelhante ao casamento e obter algum do estatuto deste.

É uma relação de facto - a que o Direito vem, depois, dar, ou não, algum relevo jurídico.

Depois, é necessário que seja uma relação prolongada e estável. E que haja uma comunhão de vida traduzida, ao menos, por uma coabitação **notória**.

Como elementos subjectivos, indicarei a vontade dos concubinos. No sentido de que, enquanto o casamento assenta numa vontade

repartir e administrar, nos termos da sociedade de facto, o património adquirido pelos concubinos através do esforço comum.

É de sublinhar, porém, que será de rejeitar – pelo menos na «circunstância» histórica portuguesa – qualquer tentativa para «recuperar» a união de facto, «casando» juridicamente os concubinos, sob o pretexto que se trata de uma situação análoga ao casamento, merecendo pois tratamento jurídico idêntico.

Esta tendência não é de estranhar dada a importância crescente das uniões de facto e a diminuição correlativa dos casamentos. Com a vulgarização e a aceitação social das uniões de facto, estas vêm a desempenhar, desafortunadamente, a maioria das funções sociais do casamento, inclusive no que se refere à procriação. Daí a eventual tentativa do legislador para as subordinar à ordem jurídica do casamento, disposto para assegurar precisamente a prossecução desses fins.

Contudo, há que ter consciência de que, hoje, os concubinos têm à sua disposição outra via para satisfazer os seus objectivos de realização pessoal: o casamento. Se não o quiseram, não há que lho impor.

E, de qualquer modo, entre o casamento e a união de facto há extremas marcadas que impedem que se fale de analogia jurídica. Enquanto o casamento é um contrato, determinante, por si mesmo, de efeitos jurídicos que se impõem aos cônjuges; a união de facto é um estado, cujo conteúdo e duração está dependente da vontade dos concubinos – de cada um deles.

Os únicos efeitos jurídicos a retirar da união de facto serão a tutela da colaboração económica entre os concubinos (na medida em que esta *realmente* exista) e a protecção dos filhos nascidos dessa união, imputando-os a ambos os concubinos. Ou seja: retirar-se-ão os efeitos jurídicos «naturais», dessa relação «natural».

1.2.3 – O parentesco

O parentesco é uma relação de sangue: são parentes as pessoas que descendem umas das outras (parentesco em linha recta ou directa), ou descendem de progenitor comum (parentesco em linha transversal ou colateral).

A linha recta de parentesco pode ser ascendente (de filhos para pais, por exemplo) ou descendente (de filhos para netos, por exem-

plo): tanto a linha recta como a transversal podem ser materna ou paterna. Neste âmbito, há que distinguir também os irmãos germanos (parentes nas linhas paterna e materna), dos consanguíneos (parentes só na linha paterna) e dos uterinos (parentes só na linha materna).

O cálculo dos graus de parentesco é feito nos termos do art. 1581.º: na linha recta, há tantos graus quantas as pessoas que formam a linha de parentesco, excluído o progenitor; na linha colateral, os graus contam-se do mesmo modo, ascendendo por um dos ramos e descendo pelo outro, sem contar o progenitor comum.

1.2.3.1. – Efeitos do parentesco

Os efeitos jurídicos do parentesco produzem-se, em qualquer grau, em linha recta, embora quase não ultrapassem o sexto grau na colateral (art. 1582.º). Enquanto que um dos efeitos principais do parentesco, o Direito de suceder por morte, embora se verifique ilimitadamente na linha recta, restringe-se ao quarto grau na linha colateral (sem levar em conta o Direito de representação na sucessão legal, em benefício dos descendentes dos irmãos do falecido, qualquer que seja o grau do parentesco). Outro importante efeito do parentesco é a obrigação de alimentos que impende, em certos casos, sobre alguns parentes: os descendentes, os ascendentes, os irmãos e os tios (arts. 2009.º e 2010.º). Da relação de parentesco resultará também a obrigação de exercer a tutela (art. 1981.º, 1), de fazer parte do conselho de família (art. 1952.º, 1), impedimentos ao casamento (arts. 1602.º, 1604.º), etc.

Quanto aos complexos Direitos e deveres que decorrem da relação de filiação, tratá-los-ei mais tarde.

1.2.4 – Afinidade

A afinidade é o vínculo que liga um dos cônjuges aos parentes (que não aos afins) do outro cônjuge (art. 1584.º). A fonte da afinidade é, assim, o casamento. Não cessando, porém, com a dissolução deste (art. 1585º), o que se compreende quanto aos impedimentos relativos à celebração do casamento, embora não necessariamente quanto aos outros efeitos.

A afinidade conta-se por linhas e graus, em termos idênticos aos do parentesco.

1.2.4.1 – Efeitos da afinidade

Os efeitos da afinidade não passam, normalmente, na linha colateral, do segundo grau. Assim, não havendo direitos sucessórios entre os afins, a obrigação de alimentos está limitada, em certos termos, ao padrasto ou madrasta (art. 2009.º, 1.º, f). Por força dos arts. 1981.º, 1.º, e 1952.º, 1.º, a obrigação de exercer a tutela ou fazer parte do conselho de família pode recair sobre os afins. A afinidade em linha recta é impedimento dirimente relativo à celebração do casamento (art. 1602.º, c)). etc.

1.2.5 – A adopção

A adopção é (art. 1586.º do Código Civil) o vínculo que, à semelhança da filiação natural mas independentemente dos laços de sangue, se estabelece legalmente entre duas pessoas. A adopção é um vínculo de parentesco legal, moldado nos termos jurídicos da filiação natural, embora com esta não se possa confundir, nem haja qualquer ficção legal a fazê-lo. O instituto da adopção foi frequentemente utilizado nos quadros do Direito romano. Servia para o «pater de famílias» instituir um herdeiro, não só do seu património, como também do seu estatuto familiar, social e político. No decurso do Império, numerosos imperadores designaram o seu sucessor, adoptando-o. Votado progressivamente ao abandono, caiu em desgraça quando a Igreja começou a acenar a prevalência dos vínculos de sangue fundados no casamento, sobre qualquer outro tipo de relação familiar, proscrevendo, não só os filhos nascidos fora do casamento, como a adopção. Voltou a gozar de larga aceitação de princípio já no decurso deste século. Ao serviço dos interesses, sobretudo, dos casais sem filhos e das crianças abandonadas ou sem possibilidade da necessária assistência por parte das suas famílias. Nesta medida, é possível afirmar que, hoje, como sempre, serve não só os interesses do adoptado como os interesses do adoptante.

Como é natural, o legislador preocupa-se sobretudo em salvar guardar os interesses da parte mais fraca, mais necessitada de protec-

ção, que é o adoptado. O que leva alguns autores a afirmar, a meu ver, erroneamente, que há uma diferença fundamental de perspectiva entre a adopção contemporânea e a adopção antiga, que é a de a adopção contemporânea visar os interesses do adoptado, enquanto a adopção antiga visava os interesses do adoptante. Afigura-se-me, contudo, que, nos tempos actuais, se um casal adopta uma criança está a pensar necessariamente na sua realização pessoal, embora o legislador não se preocupe com este aspecto, deixando, confiadamente, a consideração desses interesses aos seus titulares, ou seja, os adoptantes. Enquanto que, do outro lado, na Idade Antiga, os «príncipes» Adriano ou Juliano, ao serem adoptados, sentiram nisso, sem dúvida, um importante benefício.

1.2.5.1 – Modalidades da adopção

São admitidas duas modalidades de adopção: a plena e a restrita (art. 1977.º, 1). A adopção restrita pode converter-se, a todo o tempo e a requerimento do adoptante, em adopção plena, mediante a verificação de um certo número de condições (n.º 2).

A adopção plena, tal como a restrita, constitui-se mediante sentença judicial (art. 1973.º, 1). Para que adopção seja decretada, é necessário preencherem-se os requisitos do art. 1974.º: apresentar reais vantagens para o adoptando; fundar-se em motivos legítimos; não envolver sacrifício injusto para os outros filhos do adoptante; e ser razoável supor que entre o adoptante e o adoptando se estabeleça um vínculo semelhante ao da filiação; e o adoptando ter estado ao cuidado do adoptante durante prazo suficiente para se poder avaliar da conveniência da constituição do vínculo.

A adopção plena pode ser feita por duas pessoas casadas há mais de quatro anos e não separadas judicialmente de pessoas e bens ou de facto, se ambas tiverem mais de 25 anos; também pode adoptar, a título singular, plenamente quem tiver mais de 30 anos ou, se o adoptando for filho do cônjuge do adoptante, mais de 25. Só pode adoptar plenamente quem não tiver mais de 50 anos à data em que o menor lhe tiver sido confiado, salvo se o adoptando for filho do cônjuge do adoptante (art. 1979.º).

A capacidade do adoptante, para além das regras indicadas, está submetida aos princípios gerais do Código Civil (art. 295.º).

Podem ser adoptados plenamente os menores filhos do cônjuge do adoptante e aqueles que tenham sido confiados, judicial ou administrativamente, ao adoptante.

O adoptando deve ter menos de quinze anos de idade à data da petição judicial de adopção; poderá, no entanto, ser adoptado quem, a essa data, tenha menos de 18 anos e não se encontre emancipado, quando, desde idade não superior a 15 anos, tenha sido confiado aos adoptantes ou a um deles ou quando for filho do cônjuge do adoptante (art. 1980.º).

Embora se constitua por sentença judicial, a adopção pressupõe o consentimento do adoptando de mais de catorze anos, do cônjuge do adoptante não separado judicialmente de pessoas e bens, dos pais do adoptando, ainda que menores e mesmo que não exerçam o poder paternal, desde que não tenha havido confiança judicial (art. 1981.º, 1). Existem algumas derrogações a esta norma contidas nos n.ºs 2 a 4 do art. 1981.º.

Nos termos do art. 1986.º, n.º 1, pela adopção plena o adoptado adquire a situação de filho do adoptante e integra-se com os seus descendentes na família deste, extinguindo-se as relações familiares entre o adoptado e os seus ascendentes e colaterais naturais. Esta integração do adoptado na família do adoptante é levada tão longe que, depois de decretada a adopção plena, não é permitido estabelecer a filiação natural do adoptado, nem fazer a prova dessa filiação fora do processo preliminar de publicações, integrado no processo de casamento – art. 1987.º. Disposição aliás de constitucionalidade e justiça duvidosas, como veremos mais tarde.

Além de que a adopção plena é irrevogável, mesmo por acordo entre o adoptante e o adoptado (art. 1989.º), embora a sentença que tenha decretado a acção possa ser revista nas hipóteses previstas no n.º 1 do art. 1990.º.

À *adopção restrita*, prevista nos arts. 1992.º e seguintes, são aplicadas, em princípio, as normas constantes dos artigos que regulam a adopção plena. Há, contudo, algumas alterações. Uma delas é a de que qualquer pessoa pode adoptar restritamente, desde que tenha mais de vinte e cinco anos e não mais de cinquenta anos. A outra é a de que a adopção restrita tem efeitos limitados, descritos na lei: o adoptado restritamente não adquire a situação de filho do adoptante, nem se integra com os seus descendentes na família deste. Mantém, em relação à sua

família natural, todos os direitos e deveres (art. 1994.º). Não perde os seus apelidos de origem, como no caso da adopção plena. Pode ser estabelecida a filiação natural do adoptado, embora estes efeitos não prejudiquem os efeitos da adopção (art. 2001.º). Há aqui, pois, uma ligação do adoptado, não só à sua família de origem, como também à sua nova família adoptiva.

Quanto aos efeitos sucessórios da adopção restrita (art. 1999.º), o adoptado não é herdeiro legítimo do adoptante, nem este daquele. Mas o adoptado e, por direito de representação, os seus descendentes são chamados à sucessão, como herdeiros legítimos do adoptante, na falta de cônjuge, descendentes ou ascendentes. O adoptante é chamado à sucessão como herdeiro legítimo do adoptado ou seus descendentes, na falta de cônjuge, descendentes, ascendentes, irmãos e sobrinhos do falecido.

O poder paternal em relação ao adoptado passa para o adoptante (art. 1997.º), embora haja aqui algumas alterações quanto ao exercício normal do poder paternal.

O vínculo de adopção restrita gera um impedimento matrimonial (art. 1604.º, e) e 1607.º), embora seja simplesmente impediente e dispensável (art. 1609.º, 1, c)).

Ponto importante a discutir nesta sede, quanto a qualquer das modalidades de adopção, é o de saber em que momento devem estar cumpridos os respectivos requisitos ou condições: na data em que o requerimento da adopção der entrada no tribunal, ou na data da sentença, ou em ambas? A melhor solução, para além dos casos resolvidos expressamente na lei, parece ser aquela segundo a qual as condições devem estar cumpridas na data em que foi apresentada no tribunal a petição de adopção. E não na data da sentença, sob pena de, os grandes lapsos de tempo que decorrem entre uma e outra, sem qualquer culpa para as partes interessadas, virem a funcionar contra estas.

Assim, a verificação da idade mínima e máxima, a duração do casamento etc., devem verificar-se na data da propositura da acção, sob pena de indeferimento liminar.

Contudo, se, na data da sentença, já tiver sido ultrapassada a idade máxima, por exemplo, este facto não deve levar a indeferir a petição, sob pena de fazer recair sobre as partes os inconvenientes da demora da justiça.

rança social, diversos capítulos visam proteger os cônjuges, os seus descendentes e outras pessoas a cargo, considerando as vicissitudes da família, os encargos de toda a ordem que esta vem trazer, etc.

A importância do Direito não civil da família é crescente, tendo vindo a acentuar-se muito nos últimos anos. Este crescimento deriva da transferência mais acentuada nos últimos decénios, de numerosas funções da família para a sociedade e para o Estado.

Como melhor veremos nas lições seguintes, tradicionalmente as principais necessidades do indivíduo (alojamento, assistência na doença e no desemprego, alimentação, educação, etc.) eram garantidas quase exclusivamente pelo seu agregado familiar. Hoje, parte dessas funções é assegurada pelo Estado. Daí, decorreu a necessidade de um conjunto de normas que previsse e regulamentasse a actividade do Estado destinada a esse fim.

2.2 – O Direito das Sucessões

A noção de que a propriedade é mais familiar do que pessoal, determinou a agregação do Direito das Sucessões ao Direito da Família. Com efeito, enquanto o proprietário é vivo, a sua família, ou pelo menos os familiares mais próximos, usufruem pacificamente os bens como se seus fossem. Por morte do seu titular, há uma simples repartição dos bens entre aqueles que já os usufruíam antes, entre os familiares mais próximos do «de cuius».

O Direito das Sucessões regula o fenómeno sucessório, um processo mais ou menos longo integrado por um conjunto de actos, através do qual os bens são transferidos do anterior titular para os seus sucessores.

Distinguirei, fundamentalmente, na sua exposição, uma parte geral, comum às diversas modalidades de sucessão, e uma parte especial compreendendo as características próprias da sucessão legítima, da sucessão legítima e da sucessão testamentária.

Também em Direito das Sucessões notamos um Direito não civil, contemplando prestações que são realizadas pelo Estado ou outras entidades, por causa da morte do «de cuius», a certas pessoas mais próximas dele. Delas não trataremos.

2 – O DIREITO DA FAMÍLIA E O DIREITO DAS SUCESSÕES

2.1 – O Direito da Família e as suas divisões. O Direito não civil da família

O Direito da Família compreende duas divisões fundamentais: o Direito matrimonial, referente ao casamento como acto (como contrato) e como estado, compreendendo as relações pessoais e patrimoniais dos cônjuges; e o Direito da filiação. Também este incluindo uma face patrimonial e outra pessoal.

Há, além disso, que considerar a eventual dissolução do casamento (divórcio), a sua nulidade ou anulabilidade, bem como a interrupção do vínculo conjugal através da separação judicial de pessoas e bens. Isto, para não falar da simples separação de bens. Matéria esta também a integrar uma secção que, como referi no início, será colocada a seguir à que se refere ao casamento, como acto e como estado, sem prejuízo de ter relevância também no domínio da filiação.

Convém não esquecer que, além do Direito Civil da família, existe também um Direito não civil da família: o Direito constitucional, o Direito financeiro, o Direito tributário, o Direito da segurança social, etc., contêm normas, em quantidade crescente, que se referem à família.

Assim, o Direito constitucional da família, estabelecendo as normas fundamentais desta (igualdade entre os cônjuges no que se refere aos seus Direitos e deveres, liberdade de contrair casamento e constituir família, protecção dos filhos, etc.), constitui a base do Direito civil da família. Em Direito tributário, numerosas normas do imposto sobre o rendimento das pessoas singulares levam em conta a existência de um casamento e de uma família, para efeitos de tributação, e acabam por influir na estrutura e na dinâmica da família. No Direito da segu-

II LIÇÃO

A FAMÍLIA COMO PROBLEMA NORMATIVO

INTRODUÇÃO

Tem sido no quadro da família, embora esta cada vez mais reduzida à família conjugal, que se tem levado a cabo uma função de reprodução da espécie, de produção económica, de transmissão dos conhecimentos e das técnicas e de conformação aos valores sociais, para cujo exercício nenhuma sociedade conseguiu ainda encontrar um substituto minimamente adequado. Se não se assegurasse a primeira função, a vida não poderia existir; sem a terceira, a cultura desapareceria; sem a segunda, a vida pereceria; sem a última, a sociedade desintegrar-se-ia. As regras do parentesco constituem outros tantos traços que, uma vez caracterizados e conexados, tornam absolutamente necessárias e, portanto, compreensíveis, outras formas de relação a outros níveis — nomeadamente a nível da organização do trabalho, da detenção e da transmissão de propriedade. A família considerada no tempo organiza um circuito de transmissão dos bens oposto ao carácter unifuncional da troca. Mas também constitui uma estrutura de detenção e fruição, consumo e assistência, em termos de o voto de Carbonnier de não ser à escala do homem, mas à da família, que se construa a propriedade, ainda hoje encontrar real consagração, embora seguramente inferior à de épocas passadas. Esta plurifuncionalidade do parentesco explica como ele funciona ainda como uma (das) formas de linguagem geral das relações dos homens entre si e com a natureza. O problema da passagem às sociedades com Estado é o de saber em que condições as relações de parentesco deixam de desempenhar o papel exclusivo de unificar todas as funções da vida social. A família fundada no casamento é, ainda hoje, em Portugal um espelho no qual a sociedade e cada um se reconhecem.

Não é de estranhar, pois, que em todos os tempos tenha havido a preocupação de regular juridicamente a família, pelo menos naqueles aspectos de maior relevância social.

A escolha dos problemas normativos da família tem evoluído com o tempo, acompanhando a evolução das suas funções e o maior relevo social atribuído a uma ou outra. Descreverei, na exposição subsequente, as principais funções sociais da família, a sua evolução e a selecção pelo jurista (eventualmente pelo legislador) de um certo número de problemas.

I – A FAMÍLIA E O CASAMENTO COMO INSTITUIÇÕES DE INTERESSE PÚBLICO: O DIREITO PÚBLICO DA FAMÍLIA

I.1. – A família e a ordem

«Sapientis est ordinare», divisa de Aristóteles, devia ser também a do século XIII. O cosmos, as canções de gesta, as «fioretti» de S. Francisco, os frescos de Giotto, o cântico gregoriano, as Sumas Teológicas... – o século XIII, iluminado por Deus, está na «tranquilidade da ordem» que era, para Santo Agostinho, a paz. Cada coisa parecia colocada no seu justo lugar. No decurso do séc. VIII tinha acabado de tomar corpo a teoria da organização providencial da sociedade que via esta através do modelo do mosteiro, protótipo da sociedade (cristãmente) organizada. A noção religiosa de ordem, de vida regulada pelos cânones, regras de bem viver, segundo o modelo da ordem de S. Bento, era estendida ao universo social; este era, pois, representado à imagem do mundo dos monjes, repartido em ordens.

A ordem é o grupo social determinado pela sua função comum, o «officium» ou «ministerium».

Tal como na vida monacal havia os que se ocupavam da liturgia, os que trabalhavam manualmente (os leigos) e os que combatiam (não eram os templários o braço combatente da grande família beneditina?) também, no mundo, uns rezavam – a ordem dos clérigos – outros combatiam – a ordem dos guerreiros⁽¹⁾ – e outros trabalhavam – os

⁽¹⁾ A «ordem», enquanto ofício ou serviço, integrado no cosmos, presidido por Deus, domina a obra de Ramon Lull «Libre de l'Ordre de Cavalleria» (cerca de 1275): «A semelhança dos sete planetas, que são corpos celestiais e governam os corpos terrenos, dividimos este livro da cavalaria em sete partes, para demonstrar que os cavaleiros têm honra e senhorio sobre o povo para o ordenar e defender. (...) Ofício de cavaleiro é ter castelo e cavalo para guardar os caminhos e defender os lavradores» (Libro de la

«laboratores». Ou, se quiséssemos acentuar a «ordem» espiritual, uns dirigiam («rectores»), outros eram continentes («virgines»), outros estavam casados (os «coniuges»).

No século XIII, os «ideólogos» compraziam-se em descrever a ordem, o modo como tudo estava colocado no seu justo lugar: o inferior subordinado ao superior e o «junior» sujeito ao «senior»; os ofícios agrupados em corporações; tal como Deus-Pai, a Virgem Maria e Cristo, o casal cristão e os filhos; o casamento disciplinando as paixões e a procriação⁽¹⁾; as ordens englobando os grupos sociais divididos por funções ou estados; a «república cristã», subordinada ao Papa; o Direito Canónico, Direito do viver ordenadamente, indicando aos homens, nomeadamente através do matrimónio e do ministério, o caminho da salvação; o mundo, incluído na Igreja.

O Concílio de Bourges (1 de Novembro de 1031) e o de Limoges (18 de Novembro de 1031), ao ocuparem-se da ordem social, tratam simultaneamente de três assuntos intimamente ligados: a paz de Deus, o casamento, a eficácia prática da excomunhão. Trata-se de reformular a paz, tal é o objectivo dos Concílios, nomeadamente nas palavras do arcebispo Aymone que abre o Concílio de Bourges. Paz que é entendida, não no sentido civil, mas no religioso. É de estabelecer a mais severa sanção, a excomunhão, para o desrespeito à paz e ao casamento (também ele quadro da paz).

Aos olhos dos bispos, a paz e a justiça não se reduzem ao controlo da guerra. No seu afã de ordem, os bispos voltam-se para o interior da Igreja e para as unidades básicas da sociedade. A reforma dos costumes dos clérigos e dos leigos acompanha de perto a reforma dos costumes belicosos dos senhores.

Alguns clérigos da época viviam por vezes em situação irregular, casando-se, praticando mesmo bigamia. Os bispos utilizam a sua autoridade para reprimir este estado de coisas.

Ordem da Caballeria, trad. castelhana, Barcelona e Madrid, 1966?, pág. 13 e 38). Para maiores desenvolvimentos vd., entre muitos outros, G. Dumézil, «L'Idéologie Tripartite des Indo-Européens», *Latomus*, XXXI, 1958, pág. 429 e segs.; J. Baurny, «Des Trois Fonctions aux Trois États», *Annales ESC*, XVIII, 1963, pág. 33 e segs.

(1) A nova ordem matrimonial imposta pela Igreja, parece ter obtido sucesso. Na Europa Ocidental, desde o século XIII, terá havido um reduzido número de uniões «more uxorio», ausência de «divórcios», poucas separações. Vd. Le Picard, *La Communauté de la Vie Conjugale, Obligations des Epoux*, Paris, 1930, pág. 420 e segs.

Fazem ver, antes de mais, que o estado dos clérigos, nomeadamente o seu «casamento», pertence à jurisdição eclesiástica. Primeiro passo para impôr no seio da Igreja as regras tradicionais que proibem o seu casamento. O cânone oitavo do Concílio de Bourges vai ao ponto de declarar a incapacidade, para receber ordens, dos filhos dos clérigos - a que junta os filhos naturais dos leigos. Aparecem, assim, os dois problemas associados: o «casamento» dos clérigos e dos leigos. Chamando à sua jurisdição o primeiro - pretensão dificilmente contestável - os bispos preparam o caminho para exigir a competência exclusiva quanto ao segundo.

O instalar uma jurisdição efectiva e eficaz quanto ao concubinato dos clérigos preparou a máquina que iria disciplinar os hábitos matrimoniais dos fiéis. A interdição de ordens em relação aos filhos ilegítimos dos leigos, pressupõe uma análise prévia, a cargo da Igreja, da validade do vínculo do qual eles nasceram.

A partir daqui, nos Concílios e nas decisões isoladas, reivindica-se a competência exclusiva da Igreja em matéria matrimonial.

À medida que a jurisdição eclesiástica se vai apropriando do matrimónio, múltiplos textos canónicos vêm consolidar o controlo daquela jurisdição⁽¹⁾.

Já Graciano recolhera diversos textos sobre a matéria do Direito matrimonial. Alexandre III e a Glosa, bem como a numerosa produção legislativa canónica dos séculos XII e XIII, continuam esta tendência.

Desde o século XIII que o leigo passa a ter a sua vida disciplinada por normas jurídico-canónicas, de entre as quais se salientam as referentes ao matrimónio, a instituição através da qual a Igreja exerce a mais extensa e profunda influência social. O cristianismo não é uma empresa de salvação individual. Também os vínculos apertados do Direito passam a ligar o cristão a um corpo funcionalmente organi-

(1) Desde os meados do século XII que as escolas de Direito Canónico mantiveram estrita ligação com as autoridades da Igreja, nomeadamente com o Papado. Havia entre todos uma comunidade de interesses que permitiu uma intensa cooperação no sentido da produção de Direito. O Direito canónico desta época era, na forma e na substância, produto directo de Bolonha e das outras escolas, que depois ao interpretar as normas que tinham criado, aumentavam o âmbito do Direito Canónico e a sua própria influência. Simultaneamente, a coligação entre canonistas e teólogos dava ao Direito canónico fundamentos e prestígio incomparáveis (sobre esta «santa» aliança, vd. J. Ghelinek, *Le Mouvement Théologique du XII^{ème} siècle*, 2^a ed., Paris, 1948).

zado, a Igreja, cuja missão é precisamente salvar (todo) o povo de Deus.

As funções sociais de reprodução, produção e repartição dos bens, controlo social no interior e no exterior da família e transmissão das técnicas e da cultura justificavam o controlo estreito que a Igreja exercia sobre o casamento, a família e as relações dentro dela. O parentesco, já vimos, era a forma da linguagem geral das relações entre os homens. A história política e a história constitucional da Idade Antiga e da Idade Média foi basicamente a história da família. Daí o interesse público que esta revestia e a sua disciplina por normas de carácter imperativo a partir do século XIII, normas de Direito Canónico que não podem deixar de se considerar integradas nos fins e nos métodos do Direito público.

1.2 – O enquadramento sócio-político da família

Portanto, na época em que os clérigos impõem à sociedade a sua «instituição matrimonial», o casamento deixa de ser um problema do foro íntimo de cada um, um problema interno da Igreja, um problema da moral colectiva: é representado como o elemento central da sociedade, como uma instituição da ordem jurídica social. Esta institucionalização (pública) da família é contemporânea de profundas alterações sociais.

Desde o século X que se estabelecem na Europa novas relações entre os homens. A partir do fim do século X, as famílias nobres abandonam a corte e estabelecem-se nos campos. Aos rendimentos obtidos das expedições militares, substitui-se o imposto sobre os camponeses. Grupos de «bellatores», geralmente ligados por laços de sangue, controlam territórios, exploram as populações em troca da protecção que lhes prestam, submetem-nas através de vínculos directos que ligam o fraco ao poderoso. Os poderosos dão para tomar; dão segurança e justiça em troca do pagamento desses serviços: trabalho para construir o castelo, víveres para manter os dominantes e permitir-lhes mostrar, sobretudo em momentos solenes (casamento, partida para a guerra, etc.), o fausto que representa o poder e consolida a obediência. Estabelecem-se relações de carácter sinalagnático, rapidamente solenizadas, justificadas, sacralizadas. Desde o século X que uma parte importante

das terras passa para as mãos dos «militares». Estes concentram as populações à sua roda, dos castelos, para melhor as defender, para mais facilmente as controlar. A Igreja acompanha este movimento. É certo que, não dispondo do poder militar, perde terras para os guerreiros, assiste à intromissão dos senhores na sua vida, à apropriação dos seus cargos e das riquezas inerentes, por leigos, ordenados à pressa, de fidelidade incerta. Mas acompanha o «encelulamento» do homem em aldeias, em senhorios, agrupando-o em paróquias, submentendo-o, agrupado, a um controlo mais estreito, julgando os seus actos. Ao agrupamento em senhorios, sobrepõe o agrupamento em paróquias; o homem está submetido à lei do senhor e à lei de Deus.

Trata-se de uma verdadeira revolução social, esta, em que os homens se agrupam para sobreviver, comer, procriar, caminhar para a salvação.

O século XII já é a normalização: o encelulamento do homem pelos senhorios, pelas aldeias, pelas confrarias, pelas paróquias, está feito. É a ordem dos senhorios, mas também é a ordem da Igreja. No coração de cada casa, no primeiro andar de cada torre senhorial, está o lugar («altar») onde se perpetua a espécie ou a linhagem, ocupado pelo casal de procriadores. Nos séculos XI e XII opera-se uma viragem estratégica na família.

Na doutrina da Igreja Católica encontra-se claramente, desde o Novo Testamento, e passando pelos primeiros séculos, a definição do casamento como um vínculo indissolúvel, monogâmico, heterossexual e de carácter sacramental. Nos séculos XI e XII a Igreja está em condições de reivindicar para si a jurisdição sobre o casamento e a família. Aplicando, deste modo, as suas normas sobre a matéria que se transformam em normas de Direito do Estado ou, pelo menos, aplicadas por este.

Todos os problemas da família são considerados problemas normativos, assuntos de interesse público e, como tal, regulados pelo Direito.

O controlo jurídico sobre a família é contemporâneo do período áureo do Direito Canónico: primeira recolha de carácter universal; estudo escolar superior desse ramo do Direito; multiplicação dos textos.

Um estudo «escolar» do Direito canónico não existia antes de Graciano ter organizado a sua colectânea em 1139-40. Como consequência desta recolha, estabeleceu-se uma escola de Direito canónico

em Bolonha. Daqui para diante, o papado passava a dispôr de uma fonte de pessoal preparado, e muitos juristas passaram a ocupar elevadas posições na Cúria Pontifícia e nas Igrejas nacionais. Um discípulo de Graciano, Rolando Bandonelli, depois de ter sido chanceler, foi feito papa (Alexandre III). As necessidades de organização da Igreja e a própria actividade dos canonistas, levaram à multiplicação de textos que encerravam clérigos e leigos numa rede contínua de «normas de viver correctamente» (cânones). Interpretadas e aplicadas com o elevado grau de uniformidade permitido pela preparação uniforme dos canonistas.

Como se entendia que o cosmos estava assente numa ordem imutável, objectiva, por decorrer da divindade, a lei, na Idade Média, gozava de um prestígio sem par — era «a alma do reino».

A construção social de uma actividade jurídica canónica, definida por um método e por um domínio específico, é um acontecimento decisivo. A história do Direito pode definir-se em termos de correlação entre o processo de divisão do trabalho social, conducente ao aparecimento de um grupo de especialistas, e o surgir de um campo autónomo. Os especialistas (docentes ou práticos) estabelecem uma relação de interdependência com o seu campo de saber (de poder) em termos de ambos se desenvolverem por um processo de múltipla influência. A partir de certo momento, a norma jurídica aparece como necessariamente externa em relação à sua produção, o que permite a «interiorização» (no «mundo» do Direito) da sua aplicação. O Direito passa a ser o que o jurista diz que é Direito e aplica como tal. Os canonistas construíram assim o Direito Canónico, a estrutura e a dinâmica da Igreja desde o século XII.

A medida que o corpo de normas ia crescendo, ia aumentando o número de juristas encarregado de as aplicar. E à medida que o número de juristas crescia, ia aumentando a zona do que eles diziam que era Direito, ou, pelo menos, o número dos problemas a regular normativamente. Também no âmbito da família os problemas normativos foram crescendo com o aumento do Direito produzido pelos juristas canonistas.

2 — A DIMINUIÇÃO DOS PROBLEMAS NORMATIVOS DA FAMÍLIA: O DIREITO PRIVADO DA FAMÍLIA

2.1 — A diminuição dos problemas normativos da família

No centro da viagem para a modernidade, a família saiu da rede social, fechou-se sobre ela mesma, privatizou-se, em suma. E com ela, privatizou-se também o Direito que a regula.

Num longo percurso que pariu do «memento mori» do ano 1000, alcançou-se, no século XVIII, uma «existência» nova da felicidade associada à liberdade. Esta última foi entendida como o direito que cada um tem de não ser estorvado pelos demais no exercício da sua actividade, o que destruía de raiz o mundo anterior, fundado na tradição e na autoridade. Esta liberdade é entendida em termos de reacção contra os constrangimentos externos que impeçam a livre expansão do indivíduo: «... todos os homens são dotados pelo seu Criador de certos Direitos inalienáveis; entre estes Direitos encontram-se a vida, a liberdade e a procura de felicidade» (declaração de independência dos Estados Unidos da América). A felicidade encontra-se, assim, necessariamente associada à liberdade. Sendo o poder público instituído para a protecção, segurança e benefício de todos, da associação entre este papel e o direito à felicidade, prosseguido através da liberdade, resulta o predomínio do indivíduo — «quanto menos o homem for obrigado a fazer outra coisa, se não o que a sua vontade deseja, ou o que a sua força permite, mais a sua situação no Estado é favorável» (G. Humboldt) ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ A gestão do individualismo moderno tem a sua primeira fase nos séculos XII e XIII. O amor, o romantismo, a busca pessoal da salvação eterna, formas primei-

Sobre a sociedade inglesa do século XVI ainda se podia escrever: «cada função e aspecto da vida estava ordenado para o cavaleiro através do pressuposto fundamental de que ele era o exemplo, o guia, o governador da gente comum, e portanto devia distinguir-se dela. Para preencher o seu lugar na hierarquia deste mundo, deve ser melhor nascido e melhor educado, ter melhores maneiras, levar melhores roupas e levá-las com mais graça, viver numa casa mais ampla e mais formosa, encontrar satisfação em diversões mais refinadas e exigentes, observar a sua moral mais rigorosamente...». Para os nobres é a honra, para o povo a liberdade (Saavedra Fajardo). Foi esta *liberdade*, estreitas

(«arqueológicas») do individualismo, vêm, nos séculos XII e XIII, perturbar, surdamente, a «tranquilidade da ordem».

Até ao século XI, a vida devota passava pelas devoções colectivas, e esgotava-se quase nestas, sendo mais pública do que privada. Mesmo o monacato deixou de ser a vocação particular de poucos, para se transformar numa mediação colectiva entre Deus e o resto da sociedade. O homem-pecador sente-se (colectivamente) abandonado diante do «Deus escondido». Deus é, para ele, o fogo devorador da Sarça ardente de Moisés. Deus é terrível, o Deus dos exércitos, da Lei.

A partir do século XII, acentua-se progressivamente a relação entre a alma individual e Deus, a redescoberta da relação pessoal entre Deus e o homem, em termos de este encontrar o seu Deus (próprio), a exemplo das «Confissões». O eu aparece na primeira linha das preocupações do cristão. Tal como o era para Santo Agostinho, o homem (cada homem) torna-se no fim último, com uma vida pessoal cheia de significado próprio, auto-justificada. Cristo, o Deus-feito-homem, que suportara o sofrimento e a morte, revestiu-se de humanidade para poder atrair o afecto dos homens carnaes, que só podem amar carnalmente, até um benéfico amor da Sua carne, para logo passarem a um amor espiritual (H. O. Taylor. *The Medieval Mind*, 4.ª ed., I, p. 426-7).

A interiorização da vida religiosa é contemporânea da confissão auricular e da publicação de numerosos confessionários, vias de auto-consciência e de auto-responsabilidade. Mas também da «descoberta» do juízo individual «post-mortem», a preceção do juízo universal, colectivo, remetido para o fim dos tempos.

A fase seguinte ter-se-á traduzido no Renascimento e no luteranismo. O primeiro, com a atenção voltada para as coisas deste mundo, onde o ser humano tem, antes de mais, de procurar a sua felicidade.

A personalidade humana e a pessoa de Deus formam, para Lutero, um conjunto íntimo. O Deus próximo é Cristo. Em Cristo o homem encontra-se na relação eu-Tu. É sempre a pessoa, a vida pessoal, que tem preeminência (Th. Harnack, «Luthers Theologie», N.A., 1927, II).

Nesta esteira, na de Locke, para quem a moral é essencialmente social, e de Espinosa que rejeita a noção de pecado, Anthony, conde de Shaftesbury, afirma que Deus não é trágico, e Frederico II, em carta a Voltaire (1737) entende que «a alegria torna-nos deuses; e a austeridade, demónios».

tamente controlada até ao século XVIII pelos nobres, que passou a infiltrar-se em todas as classes sociais desde o século XVIII.

Quando se substituiu à justiça, entendida como uma ordem (de fundamento transcendente) das pessoas, a felicidade desvinculada, é natural que a estabilidade do casamento ficasse abalada. No século XVIII, Adam Smith escrevia: «o amor que dantes era paixão ridícula, tornou-se mais sério e respeitável. Como prova disto é válida a nossa afirmação de que não havia antigamente a tragédia motivada por amor, enquanto agora ela é mais respeitável e influencia todos os espectáculos públicos». O amor dedicado e fiel, o amor conjugal subsiste apenas nos velhos romances. O amor passava a ser necessariamente extraconjugal, e era moda as mulheres apaixonarem-se por todos, menos pelo próprio marido⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Não quero dizer que o «amor romântico» tenha sido inventado no século XVIII. Mas foi nesta época que apareceu como protagonista dos grandes movimentos sociais.

Ou será que só a partir do século XVIII nos podemos começar a aperceber da realidade das relações entre os cônjuges (que são ou não-de vir a ser)? Até aí o discurso constante era o do homem dominador, mas normalmente brando e afectuosamente descendente, em relação à sua esposa, fiel e submissa. Que mais? O amor cortez? Terá tido existência fora dos textos literários? Pergunta-se Duby (*A Idade Média, uma Idade do Homem*, trad. portuguesa, Lisboa, s.d., pág. 41). Talvez que o amor na Idade Média se tenha reduzido à alternativa entre as tragédias de Tristão e Isolda, de Pedro e Inês, de Lançarote e de Ginebra, e o jogo cavaleiresco e vazio do amor cortez. Este, possivelmente, nada mais foi, como pretende Duby, do que um dos instrumentos pedagógicos das cortes senhoriais. A esposa do senhor, ocupando uma posição homóloga da do esposo, utilizando pequenos favores, disciplina os jovens, submete-os, prepara-os para a vida «cívica», tal como o senhor os prepara para a vida militar.

Mas, terá sido só isto? O «cantar de amor» terá significado outras pulsões menos cavaleirescas (ou mais...), dos jovens, privados de terras e, portanto, de mulheres (da sua condição), que aspiravam às esposas dos dominantes. É «certo» que o amor entre casados era impossível – assim o sentenciou a condessa Maria de Champagne; e que o amador não devia querer possuir o «bem» da amada – era a opinião de D. Dinis – sendo a única solução «morrer de amor» (embora se ressuscitasse ao «terceiro dia» – vd. Rodrigues Lapa, *Canções d'Escarnho*, n.º 380). Mas quanta veemência em certas poesias. Nuno Fernandes Tormesol revolta-se contra Deus que matou a sua amada, fazendo votos para que Ele se volte a encontrar nas mãos dos judeus (*Canção da Ajuda*, cd. Carolina Michaelis, I, n.º 407). Em geral, António José Saraiva (*O crepúsculo da Idade Média em Portugal*, Lisboa, 1988, pág. 21 e segs.).

Talvez seja de aceitar a opinião de C. S. Lewis (*The Allegory of Love, A Study of Medieval Tradition*, Oxford, 1936) de que os poetas medievais do amor provoca-

A ideia de que o casamento deve ser uma união baseada no amor romântico, leva logicamente à conclusão de que, se o marido e a esposa descobrem que não se amam, devem ser autorizados a dissolver o casamento. Esta prática colide com o controlo do casamento por parte da Igreja e do Estado (A. R. Radcliff-Brown).

Transitou-se, nos fins da Idade Moderna, de uma ordem política e social transcendente para uma ordem imanente («contratual»). Por esta altura, e ao mesmo tempo que se punha em causa o fundamento tradicional da autoridade política, contestando os seus fundamentos divinos e naturais, contratualizando-o, dessacralizava-se correlativamente a autoridade do marido sobre a mulher.

E, nesta medida, o campo do Direito Público da família restringe-se, para ser ocupado pelo Direito Privado da família que, por sua vez, desaparece à medida que os problemas normativos sentidos escasseiam. A sociedade, organizada por Deus, "transforma-se" na sociedade gerada e organizada por contrato ("social"). O casamento – instituição tradicional, sustentado pela pressão social e pelo Direito, é substituído pelo casamento-contrato, entregue às vontades dos cônjuges. Casamento considerado como a união entre duas pessoas independentes que prosseguem com liberdade a sua felicidade. A medida que a família perde o seu sentido social tradicional, centra-se sobre a «função de intimidade»: sobre a colaboração e aperfeiçoamento mútuos dos cônjuges e educação dos filhos.

No modelo tradicional, havia interesses sociais que institucionalizavam a família, impondo constrangimentos aos cônjuges. O modelo contemporâneo faz da possibilidade efectiva de uma vida em comum, dirigida à satisfação das necessidades de toda a ordem dos cônjuges, o fundamento do casamento.

O Direito da família privatiza-se, integra-se no Direito civil, o Direito dos iguais, dos cidadãos libertados do constrangimento do Estado.

Será que o Direito da Família tem ainda um sentido?... Será que ainda existe? Se a única função do Direito é a gestão das desigualda-

ram uma alteração a que não ficou imune nenhum aspecto da nossa ética, da nossa vida, e das nossas representações e que criou uma barreira insuperável entre o nosso tempo e o passado ocidental clássico e o presente oriental – em que a mulher, serva do marido e objecto de procriação, vivia «separada» do esposo.

des económicas, a noção de Direito da Família é contraditória em si mesma. Se o Direito é repartição, que tem ele a ver com a família, onde as relações interpersonais desafiavam toda a repartição? Legislar sobre as condições de harmonia da família, partindo da normalidade para a anormalidade? O Estado não pode obrigar a esposa a amar o seu marido ou uma criança a honrar os seus pais.

Não seria mais correcto reduzir o Direito da Família às relações patrimoniais?

O Direito da Família dependeu sempre do sustentáculo da moral e do costume.

O aspecto liberal do Direito da família contemporâneo está marcado pelo recuo diante de outras situações normativas: a moral, os costumes contemporâneos ...

O Direito «Público» da família – constitucional ou ordinário – limita-se muitas vezes a impor o carácter civil da família, a igualdade e a liberdade das partes.

O que era perseguido ou penalizado outrora, é hoje abandonado à liberdade individual.

Nesta lógica, qualquer tentativa de reapropriação da iniciativa pela família, qualquer esforço para que a família se torne o seu próprio autor, parecem resistência perante o Estado e são reprimidas.

2.2 – O Direito civil da família: a privacidade e o social

Poder-se-ia conceber um sistema que só levasse em conta os direitos individuais, no sentido de direitos à liberdade. Nada mais se faria do que defender os indivíduos dos constrangimentos familiares. A família só seria objecto da atenção do legislador na medida em que este a fosse destruir para impedir toda a alienação da liberdade do indivíduo. O casamento tornar-se-ia um simples facto comum da natureza, uma ligação temporária entre duas pessoas independentes (como já quase o é nas relações pessoais dos cônjuges, em diversos países).

A família e o casamento regressariam ao mundo da natureza; união de facto que talvez o Direito, contraditoriamente, tentasse recuperar seguidamente em benefício das funções sociais que desempenhasse.

Não parece haver nenhuma ordem jurídica que chegue até este ponto. É possível distinguir, porém, dentro dos ordenamentos jurídi-

cos da família, alguns que concedem prioridade ao indivíduo livre. O casamento e a família servirão antes de mais os interesses individuais, a prossecução da felicidade de cada um, na medida em que cada um a quiser e se a quiser. O papel social da família terá como pressuposto a prossecução da felicidade, só sendo assegurado, eventualmente, como produto desta prossecução.

Nesta ordem de ideias, alguns ordenamentos jurídicos, ao tratarem dos direitos e liberdades, não fazem referência directa à família como direito do indivíduo ou quadro da sua liberdade. O casamento parece ser um «direito pessoal privado, íntimo ao ponto de ser sagrado». O casamento, nestes termos, é afastado para a esfera privada.

A jurisprudência nestes Estados preocupou-se, sobretudo, em destruir todas as barreiras que poderiam opôr-se aos direitos do ser humano: ao direito do indivíduo a casar-se, a viver em igualdade com o outro cônjuge, e a dissolver livremente o matrimónio. A estrutura e o funcionamento da família devem decorrer no respeito dos direitos individuais, nomeadamente o direito à vida, à liberdade, à segurança e à igualdade. O «direito ao divórcio», ou seja à dissolução do vínculo conjugal quando um dos cônjuges quiser, começa a surgir nestas ordens jurídicas. O «direito» ao «aborto», por parte de uma mulher casada, é retirado do controlo do marido, dependendo só da mãe a vida da criança.

A referência à família, à paternidade, perde-se completamente. O ser humano fica isolado perante o ser humano. Desentha-se, aliás, uma evolução para estender a protecção que ainda se concede às relações familiares, à união de facto e à união homossexual – na medida que estas uniões possam contribuir para a realização do indivíduo; esquecendo as outras funções sociais – nomeadamente a procriação – que a sociedade sempre exigiu da família em troca da sua protecção.

Outros Direitos conhecem um equilíbrio entre as necessidades da família, enquanto grupo desempenhando um papel social primordial, e os direitos de cada um dos seus membros. Tradicionalmente este equilíbrio era favorável ao grupo ou ao seu chefe, o «pater». Hoje, a protecção concedida à família tende a levar em conta a realização pessoal dos seus membros e, secundariamente, a promoção das suas funções sociais.

É este, aparentemente, o sentido do Direito português. Dos dois grupos de normas constitucionais respeitantes à família, o mais significativo é aquele que prevê «direitos, liberdades e garantias pessoais». Os direitos a excluir os outros dos bens da personalidade. A afirmar-se

indivíduo mesmo no seio da família. Enquanto que as normas que prevêem os direitos sociais não são escassas e desprovidas de efectividade. A família é um espaço de desenvolvimento e de realização pessoal dos seus membros. Embora as ligações estabelecidas por estes com vista aos referidos fins mereçam uma certa protecção social.

Nesta medida, os problemas normativos diminuem extremamente. As relações pessoais são deixadas à liberdade dos cônjuges que as desenvolverão e extinguirão conforme entenderem (as restrições ainda hoje existentes parecem evanescentes).

As relações patrimoniais são objecto de regulamentação mais cuidada, sobretudo em vista dos momentos de crise, em que há que resolver o destino do património comum, adquirido pelos cônjuges durante o casamento. A administração dos bens e a sua repartição são objecto normalmente de referências legislativas desenvolvidas, em termos de regulamentação de uma verdadeira sociedade; em algumas Universidades estrangeiras a cadeira tradicional de Direito da Família foi quase completamente substituída por uma cadeira referida aos regimes de bens. E, também nesta sede, a liberdade dos cônjuges, correctamente entendida, tem apontado para regimes de separação cada vez mais acentuados, de modo a afirmar a independência dos cônjuges e a evitar as dificuldades nas crises cada vez mais frequentes do matrimónio.

A filiação, essa, continua a ser objecto de referências legislativas desenvolvidas, embora muitas destas transitem para o Direito Público. Este (Direito da segurança social, Direito penal, etc.) preocupa-se com a segurança e a formação dos filhos no âmbito de famílias cada vez mais incompletas e mais desunidas, tentando garantir-lhes o necessário para a sua educação e para a sua subsistência.

Bibliografia fundamental:

- N. Feine, *Kirchliche Rechtsgeschichte. Die Kathol. Kirche*, Köln, 1964; G. Le Bras, Ch. Lefebvre, J. Rambaud, *L'âge Classique (1140-1378): sources et théorie du droit* (Histoire du Droit et des Institutions de L'Eglise en Occident, 7), Paris, 1965; M. D. Knowles, D. Obolensky, C. A. Bouman, *La Iglesia en la Edad Media* (Nueva Historia de la Iglesia, II), trad. castelhana, Madrid, 1977; J. B. Sagmüller, *Zur Geschichte der Entwicklung des päpstlichen Gesetzgebungsrechts*.

III LIÇÃO

A FAMÍLIA COMO ENTIDADE SOCIAL

INTRODUÇÃO

A família conhece, na América do Norte e na Europa, modificações profundas de que as estatísticas nos dão conta. As uniões «legais» diminuem; a idade dos nubentes sobe; o número dos filhos diminui; as rupturas do vínculo matrimonial crescem e os segundos casamentos decrescem. O divórcio transformou-se numa vicissitude “normal” da família. A diminuição da natalidade, a continuar, implicará o desaparecimento, em prazo estimável, de populações inteiras. Associando queda da natalidade e crise da família, os autores e os governantes perguntam-se se ainda se pode fazer algo para recuperar a família e com ela a natalidade. Mas, simultaneamente, interrogam-se da conveniência de tal medida, pois a baixa natalidade parece permitir que haja menos pessoas a receber os bens existentes – embora, dentro de algum tempo, os activos não cheguem para suportar os encargos sociais com os inactivos idosos.

O problema da família aparece, assim, no centro da questão social do século XX – causa e consequência dela, como tem sido contemporânea das alterações sociais dos dois últimos séculos.

Mas, o aumento crescente das actividades terciárias, a automação, a marcha acelerada da sociedade pós-industrial, o carácter cada vez mais pessoal do trabalho, rejeitarão os indivíduos para o seio da família, como para um refúgio de humanização? As causas que levaram ao desmantelamento da família, levarão hoje à sua recuperação? Ou o individualismo e egoísmo contemporâneos da sociedade pós-industrial continuarão a promover a desagregação da família?

A família «real» do passado, dos períodos pré-industriais, terá hoje ainda uma função social? Não será que, ao debruçarem-se sobre a crise da família, os autores estão demasiadamente influenciados pelos actores sociais que, até ao século XIX, recitavam de cor os seus papéis familiares impostos pela tradição e pela dominação? Para chegar a

uma conclusão, necessariamente provisória, há que abandonar as famílias do norte da Europa, e centrar a atenção sobre as famílias do sul da Europa.

Com efeito, nenhum sistema familiar pode ser entendido fora do contexto político e económico no qual se situa. Assim, o modelo familiar do sul da Europa tenderá a ser diferente do modelo do norte da Europa. E, no que se refere ao Sul, encontrar-se-ão diferenças entre a Itália, Portugal e a Espanha, e até no interior de cada uma destas regiões.

Hoje reconhece-se a existência de um modelo familiar característico do Sul da Europa, compreendendo subdivisões conforme os países e quanto às regiões dentro de cada país.

Levando em conta este aspecto preliminar, haverá que determinar se efectivamente da família, hoje, só restam escombros. É certo que a família muito foi perdendo ao longo dos tempos. E que, hoje, está centrada na família conjugal, esta sem o mesmo significado que tinha a «grande» família tradicional. Mas também aqui há que desfa-zer alguns preconceitos, reconhecendo que a família ainda hoje exerce funções fundamentais para a sociedade; e que, embora centrada sobre os pais e os filhos, não difere tanto da família tradicional como se poderia pensar.

I – A FAMÍLIA TRADICIONAL: FAMÍLIA ALARGADA OU FAMÍLIA CONJUGAL?

Muitas teorias sociológicas têm partido da pressuposta evolução de uma família numerosa, em tempos pré-industriais, para uma família reduzida hoje, ou, mais em geral, na época industrial. Considera-se que o processo de industrialização terá sido o factor decisivo nesta transformação.

O exemplo mais claro desta concepção é dado pela obra de Le Play. Para este autor, a industrialização teria reduzido a família – «souches» dominante, nas épocas pré-industriais, em que coexistiam três gerações: os pais, que possuíam a casa; o filho mais velho, que herdaria a propriedade indivisa, com a mulher e os filhos; os filhos mais novos, solteiros. Esta organização teria dado lugar à família nuclear, composta de pais e filhos, denominada «família instável».

Criticando este modelo de família e a sociedade que a criara, Le Play propunha o reviver do modelo tradicional, fundado na autoridade paternal e orientado pela moral, como instrumento de reorganização da sociedade.

O modelo tradicional era procurado sobretudo no campo, em contraste com os meios urbanos que eram considerados particularmente nocivos à família.

Trata-se, porém, de um pré-suposto que há que demonstrar: será que a família larga dominava o período pré-industrial? Será que este tipo de família é o quadro natural da sociabilização, em termos de se poder considerar como uma constante antropológica, destruída patologicamente pela civilização industrial? com graves prejuízos para a sociedade e para o indivíduo ...

A transição, no decurso da industrialização, da família larga para a família nuclear, é um fenómeno que pode ser refutado, pelo menos em parte, com base nos dados estatísticos disponíveis⁽¹⁾.

Na Inglaterra cada fogo era, nos séculos XVII, XVIII e XIX, de cerca de 4,75 pessoas; hoje, este número desceu para 3,04 pessoas. Não se pode, pois, falar de uma grande família no período pré-industrial, em contraste com o número de membros das famílias actuais.

Finalmente, não foi a industrialização que determinou a evolução, ou, pelo menos não a determinou imediatamente. A redução do número de membros da família só se verifica no século XX, coincidindo sobretudo com a diminuição da taxa da natalidade. Por outro lado, em certas zonas, a dimensão da família chegou a aumentar no decurso da industrialização.

A diferença não se deve estabelecer entre períodos pré- e pós-industrial, mas entre o campo e a cidade, não tendo havido, nesta última, evolução significativa.

Assim, em 1775, a média de pessoas por fogo era, em Bruxelas, de 3,04, valor semelhante ao contemporâneo. Mas, enquanto na cidade de Florença, em 1427, o valor era de 3,8 pessoas por fogo, no campo já era de 5,1. Tais diferenças são atribuíveis, sobretudo, ao maior ou menor número de trabalhadores – mais no campo do que na cidade em que a actividade produtiva, mesmo no artesanato, era menos trabalhointensiva do que a rural.

Tem-se confundido a família – «souché», com os agrupamentos determinados pelo abandono do trabalho activo pelos camponeses idosos. Quando o casal idoso abandona o trabalho, a autoridade familiar

(1) Desde que J. Krause («The Medieval Household: large or small», *Economic hist. rev.* IX, 1957, p. 420 e segs) avançou a hipótese de duas estruturas «familiares» não exclusivas, dependentes da conjuntura económica e social, os estudos têm vindo a demonstrar o domínio da estrutura familiar conjugal, desde o Império Romano, e que se veio a acentuar, desde o século X, com o desvanecimento dos poderes do «pater» latino ou do chefe militar germano.

Assim terá sido, com matizes variáveis, para a Península Ibérica – S. M. Belmarino, «Estructura de la familia y "edades sociales" en la aristocracia de León y Castilla según las fuentes literarias e historiográficas (Siglos X-XIII)», *Cuadernos de Historia de España*, 1947-1948, p. 256-328; C. Callier-Boisvert, «Remarques sur la système de parenté et la famille au Portugal», *L'Homme*, VIII, 1958, p. 87 e segs; para a Itália – G. Rossetti, «Histoire familiale et structure sociale et politique à Pise aux XI^e et XII^e siècles», *Famille et parenté*, p. 155-180.

reside na geração intermédia, ao contrário do que sucede na família, «souché». Este tipo de família, composta por três gerações, terá aumentado de frequência durante o período industrial, em virtude do acréscimo da esperança de vida.

Certas condições demográficas dificultaram, na época pré-industrial, a coexistência de três gerações da mesma família. Tais condições eram: a esperança de vida; a diferença de idade entre a pessoa que transmitia e a que recebia a propriedade determinada pela idade elevada do casamento; e os grandes intervalos entre os nascimentos dos filhos sobreviventes.

A esperança de vida foi em França, no século XVII, de cinquenta e cinco anos para os homens e de sessenta anos para as mulheres. Durante o mesmo período, na França do Norte, a idade média dos nubentes era entre vinte e cinco e trinta anos, um pouco mais elevada para o homem do que para a mulher.

Supondo que, depois de um ano de casamento, nascia um filho, que este sobrevivia e se mantinha em casa, e que, além disso, depois de um ano de casamento, era pai, a possibilidade de viverem na mesma casa três gerações, era reduzida; ainda mais reduzida pela incerteza das premissas de que partimos, sobretudo pela sobrevivência do primeiro filho. Com efeito, em França, naquela época, só metade das crianças atingia os vinte anos. E eram, sobretudo, os segundo ou terceiro filhos que sobreviviam. O intervalo entre os nascimentos era, em regra, de dois anos. A maior mortalidade masculina levava a que a possibilidade de o primeiro filho sobreviver ser um rapaz era inferior a 60%. Todos estes factores afectavam a possibilidade de as famílias terem três gerações.

É certo que, até ao século XVIII, se encontravam nas classes mais elevadas numerosas pessoas habitando o mesmo fogo. Mas tratava-se, sobretudo, de servidores. Com a industrialização, as funções de produção para o mercado foram em grande parte, retiradas às famílias⁽¹⁾. Assim, a família-unidade de produção tornou-se uma excepção.

(1) As sociedades camponesas organizam-se sobre a família como unidade de produção. «As unidades sociais envolvidas na produção e consumo são as famílias, mas não em combinação entre si. A economia é organizada em torno de cada família» (M. Nash, *Primitive and Peasant economic systems*, Pennsylvania) sendo a família, como tal, encarregada da produção, da distribuição e do emprego da força de trabalho. A família é a unidade básica de produção, consumo, Direitos de propriedade, socialização, sociabilidade, apoio moral e ajuda económica mútua (T. Shanin, *The Awkward*

ção, e os aprendizes ou oficiais desapareceram dos agregados familiares dos artesãos e dos comerciantes, em que representavam uma parte muito importante da «família». Tão importante eram eles, que os vínculos do parentesco assumiam um papel secundário nas famílias dos artesãos e comerciantes, sendo a pertinência à família determinada pela função exercida.

A perda de funções pela família determinou uma evolução marcada na sua composição. Deixou de ser necessário que o herdeiro se casasse ou que o viúvo – chefe de família, homem ou mulher, constituisse novo matrimónio. A família podia subsistir mesmo amputada de um ou mais dos seus membros. Passaram a poder sobreviver pessoas isoladas, em virtude de a divisão social de trabalho permitir que a sociedade lhes prestasse bens e serviços que até aí não estavam à sua disposição. Não é tanto a família nuclear que é vítima da industrialização, mas é a família incompleta que é o seu produto.

A libertação das famílias da sua função produtiva levou ainda a outra consequência. Na fase pré-industrial, a sobrevivência da econo-

Class, Oxford, 1972). A característica definidora básica dos camponeses é eles trabalharem as suas terras primariamente com mão-de-obra familiar (R. H. Hilton, *The English Peasantry in the later Middle Ages*, Oxford, 1975). A própria palavra «economia» vem da palavra grega que designa «família».

A esta economia camponesa opõe-se a economia capitalista, em que a unidade de produção é a empresa, com múltiplos empregados externos.

Tem-se estabelecido, pois, vivo debate sobre o papel da família na transição da economia «rural» para a capitalista.

Assim, para Weber, a transição é contemporânea da desfamiliarização da sociedade («General Economic History», trad. ing., New York, 1961, p. 54 segs). Weber parte de um modelo de evolução para o qual as sociedades provêm de um estágio em que o parentesco domina toda a vida, até às sociedades modernas, em que a família e o parentesco não dominam a vida económica e social. Em alguns países (China, Índia, etc.) esta evolução não sucedeu, pelo que os movimentos no sentido do capitalismo foram esmagados pelo peso do parentesco.

Na Europa, o cristianismo encorajou uma atitude individualista, não-familiar: «todas as comunidades cristãs foram basicamente associações confessionais de crentes individuais, e não associações rituais de grupos de parentesco». Esta destruição das famílias numerosas pelas comunidades cristãs terá criado o espaço necessário ao desenvolvimento da burguesia. O protestantismo que terá sido, para Weber, particularmente activo na dissolução dos «grilhões» do parentesco, terá reforçado essa abertura.

Sem querer entrar no debate, limito-me a deixar notícia dele, através de uma teoria «clássica».

mia doméstica exigia que pelo menos um filho se mantivesse em casa para assegurar a sobrevivência dos pais e dos irmãos solteiros. Quando surgiu a oportunidade de se ganhar a vida em unidades produtivas não familiares, os filhos começaram a abandonar a casa paterna. Quebrou-se, pois, a unidade pais/filho (mais velho).

Com o aumento da esperança de vida aumentou o período durante o qual os pais vivem sem os filhos, constituindo portanto unidades familiares mais reduzidas.

A diminuição do número de habitantes de cada fogo decorre também da diminuição do número de servidores, na medida em que as tarefas que estes levavam a cabo são hoje realizadas no exterior, sendo os produtos ou serviços introduzidos na economia doméstica.

O culto familiar característico era o culto dos antepassados, muitas vezes a única forma cultural de uma sociedade.

Com a predominância do culto da comunidade, tribo ou nação, o culto familiar desvaneceu-se.

O apego aos antepassados demonstrado pelas famílias nobres está, antes, associado à legitimação do poder pelo carácter notável e meritório da linhagem.

O culto comunitário cristão alargou-se da família à paróquia que passou a ser o centro aglutinador da vida religiosa comunitária. Uma parte importante do culto dos mortos passou a ser feita através da comunidade paroquial – sepultura à roda da Igreja, em vez de o ser à roda da casa de família; missa pela alma a completar as orações familiares. É de acentuar que a desvalorização da função cultural da família e a sua transferência para âmbitos mais vastos, abriu o caminho para a constituição de grupos sociais mais alargados e mais coesos.

É certo que a família, ao mesmo tempo que perde a sua autonomia religiosa, se sacraliza – mas integrada no conjunto mais vasto da Igreja, da qual é uma simples célula subordinada. O carácter sacramental do casamento transformava-o numa instituição religiosa. Ao marido assistia o dever de viver cristamente com a mulher, conduzindo-a à salvação. A ambos esposos, sobretudo ao marido até ao século XIX, competia a educação religiosa dos filhos. A família transformava-se, assim, na célula básica da Igreja. Ela própria é Igreja em miniatura, com a sua hierarquia, com o seu local afectado ao culto (a capela das casas nobres, o crucifixo na parede das casas modestas), a sua hierarquia chefiada pelo pai. Veiculando, pela própria natureza das coisas, a doutrina da Igreja; submetida, através da autoridade do pai, à hierarquia eclesástica.

A partir de fins do século XVIII, com a crescente desagregação da família como unidade de produção e consequente saída do pai da casa de família para se assalarar, as funções religiosas deslocaram-se para a mãe.

Foi contra esta família-instituição religiosa, e não propriamente contra a família-instituição social, que se ergueram, primeiro, protestantes e regalistas, depois os movimentos laicos do século XIX. Atacaram precisamente o sinal da sua religiosidade, o controlo jurisdicional da Igreja, e o sinal da sua sacramentalidade, a indissolubilidade do vínculo matrimonial; sem se darem conta que na medida em que a

2 – FUNÇÕES DA FAMÍLIA

A generalidade dos sociólogos da família considera-a como um elemento chave para a compreensão da sociedade total. Assentam em que a família é uma instituição fundamental e durável, fornecendo uma espécie de denominador comum para o conjunto da cultura, na qual as diversas partes podem diferir substancialmente entre si noutros aspectos. Assentam em que o estudo da família fornece uma compreensão da estrutura política e social, do desenvolvimento económico e biológico, concluindo que a chave da compreensão da interacção entre o desenvolvimento pessoal e a mudança social, reside na família.

Contudo, reconhecem o significado cada vez menor da família como forma de realização social: vai perdendo as suas funções tradicionais, que são transferidas para a sociedade ou para o Estado.

Este fenómeno não é só de hoje. O número e a importância das funções assumidas pela família moderna não são mais do que um remanescente das exercidas noutras épocas. A ponto de se perguntar se, em vez de *perda* de funções, não se tratará antes da família *aliviada* de certas das suas funções; por força do progresso económico e social, para se consagrar a outras mais importantes e que lhe são mais naturais.

A perda de funções pela família parece ser, pelo menos no início, uma consequência da intensificação da divisão social do trabalho que começa a ser significativa a partir da «revolução comercial» dos séculos XII e XIII. Daí que se tenha feito sentir mais nas cidades do que nos campos, em que velhas formas de actividade familiar ainda subsistem. E, mesmo na cidade, a divisão social de funções fez-se sentir mais cedo na nobreza do que nos outros grupos sociais, e nos burocratas e comerciantes antes de se fazer sentir nas famílias operárias.

As *funções religiosas* da família foram as primeiras a entrar em crise.

família constituía uma unidade estrutural e dinâmica indecomponível, a destruição da sua justificação sacramental ia pôr em causa todo o seu equilíbrio e as suas funções. A família laicizada tinha de ser, em múltiplos aspectos, diferente da família religiosa.

A família, através da destruição do carácter religioso e sacramental, perde uma boa parte da função de controlo social, na medida em que os seus membros, desaparecida a justificação religiosa da dominação, fogem à autoridade do pai ou da mãe.

A família exerceu uma importante *função de defesa* dos membros contra agressões vindas do exterior, e no castigo dessas agressões, na época em que o poder político era fraco. Com a aquisição progressiva do monopólio da função policial e jurisdicional por elementos da nobreza e, depois, pelo Estado, acompanhada da criação de um aparelho policial e judicial importante, esta função foi-se esbatendo; embora não se deva desvalorizar o seu papel em sociedades invadidas por uma crescente criminalidade.

Do mesmo modo se esbateram os poderes do chefe da família sobre os membros desta. Do poder de vida e de morte do «pater» romano, até ao poder-dever de educação dos filhos, em benefício destes, vai uma longa distância.

A *função assistencial* da família tem diminuído, atendendo não só ao número crescente de pessoas a que a família concede protecção, mas também à diminuição das ocasiões e da intensidade em que tal assistência é exigida.

As funções de assistência têm vindo a ser assumidas progressivamente pela sociedade e pelo Estado.

Houve épocas em que a única maneira de um estrangeiro obter assistência era ser hóspede de alguém, submetendo-se à autoridade da família hospedeira e do seu chefe. Em épocas mais recentes, esta função de assistência foi levada a cabo pelas ordens religiosas. Hoje, passou a ser o Estado a assegurar uma parte cada vez mais importante das funções de assistência.

Também os servidores domésticos foram sendo afastados no âmbito da assistência familiar. Primeiro, os trabalhadores domésticos, (aqui incluídos os «industriais», comerciais e agrícolas) eram compreendidos no âmbito da assistência familiar, por viverem no seio da família e serem considerados membros desta. Mais tarde, tendo sido substituídos pelos assalariados, menos vinculados à família e prove-

nientes de um meio externo, a função de assistência a estes foi assegurada pela sociedade, primeiro através das ordens religiosas, de associações de classe, mais tarde pelo Estado. Mais recentemente, a assistência a doentes e pessoas idosas que tinha constituído dever básico da família, tem vindo a transferir-se, pouco a pouco, para o Estado. A diminuição dos servidores domésticos e o afastamento da mulher para serviço assalariado fora de casa, contemporâneo da existência de cada vez maiores massas populacionais pertencentes à terceira idade, necessidades de assistência médica constante, levaram a que a família já não fosse capaz de assegurar, na mesma medida, a assistência aos seus membros, sobretudo aos idosos e aos doentes.

Reconheçamos, contudo, que esta transferência da função assistencial varia muito entre o campo e a cidade: mais acentuada na cidade do que no campo, e dependendo das ocupações profissionais dos membros da família ... e do egoísmo de cada um.

No passado pré-industrial, família e trabalho eram indissociáveis. É certo que a família virá a perder no decurso dos tempos uma parte importante das suas *funções económicas*, à medida que se foi acentuando a divisão social do trabalho. Contudo, a perda mais significativa realizou-se no decurso da revolução industrial, em que a família deixou de constituir a fórmula básica da organização produtiva, tendo perdido pouco a pouco a maioria das suas funções produtivas.

Mas, também aqui, há que distinguir entre o campo e a cidade, sendo no campo que a família continua a constituir a principal forma de organização produtiva.

Hoje, sobretudo na cidade, cada família e cada pessoa deixou de ser auto-suficiente, para depender de uma economia de trocas. A divisão social do trabalho levou à constituição de unidades produtivas não-familiares, enquanto os membros das famílias deixaram de ser trabalhadores associados, para se tornarem assalariados independentes.

A família como unidade produtiva reduziu-se, pouco a pouco, ao serviço doméstico tal como o entendemos hoje, limitado a algumas tarefas de limpeza, conservação e cozinha. A família passou a ser cada vez mais uma unidade de consumo.

Dentro desta unidade, as funções tendem a indiferenciar-se. Não estando o papel de produtor do rendimento reservado exclusivamente ao marido, pois a mulher participa no mercado do trabalho com uma intensidade cada vez maior, esta partilha com aquele o serviço domés-

tico. Aliás, a «mulher no lar» correspondeu a uma modalidade particular da organização familiar limitada ao grupo restrito da burguesia do século XIX.

Hoje, a «Gesellschaft» sucedeu à «Gemeinschaft» (Tonnies), e à «solidariedade orgânica» substituiu-se a «solidariedade mecânica» (Durkheim); as relações de face-a-face converteram-se em relações impessoais e funcionais.

As relações primárias entre pessoas ficaram, é certo, exclusivo da família, mas limitadas ao aspecto pessoal, não funcional.

A *sociabilização* das crianças parece ser uma das funções que melhor têm resistido à evolução social, embora esta tenha alterado profundamente as suas características.

Até ao século XIX, a transmissão da ciência e da técnica, bem como a adaptação das crianças aos valores sociais, realizava-se, ou no interior da sua família de origem, ou noutra família para onde eram enviadas. Era, sempre, uma educação, neste sentido, familiar. A única educação não familiar era normalmente a dispensada pelas escolas da Igreja. Foi a partir do século XVIII, sobretudo, que a educação começou a ser progressivamente estadualizada, como reacção contra a Igreja e meio de homogeneizar as populações e submetê-las ao Estado.

Hoje, com o crescimento da rede dos estabelecimentos de ensino estadual, contemporâneo do aumento dos anos de escolaridade, obrigatória ou voluntária, e da crescente dificuldade das famílias assumirem a sociabilização das crianças, uma grande parte desta tarefa faz-se em ambiente não familiar. Uma das maneiras que as famílias têm encontrado para assegurar uma educação «familiar» das crianças é integrá-las em escolas privadas, cuja orientação corresponda fundamentalmente à sua, e em que haja uma boa ligação família-escola.

Simultaneamente, a adaptação aos valores sociais, com a perda de autoridade da família e com a presença das crianças fora do âmbito desta uma parte do seu tempo, é assegurada, de modo também sempre crescente, pelos grupos de amigos e de colegas de escola, pelos meios de comunicação social, pelas associações desportivas e recreativas, etc.

Parece ser a *função reprodutiva*, procriação e sociabilização nos primeiros anos, o núcleo central e inalienável das funções da família.

Mas, mesmo esta, tem sofrido um certo declínio.

É contemporânea da diminuição da taxa de natalidade a existência de casais ou de pessoas singulares que se recusam a assumir a fun-

ção tradicional de cada ser humano de colaborar na reprodução física da sociedade.

Além disso, à medida que cada vez mais pessoas, sobretudo mulheres, trabalham fora de casa, o tempo disponível para assegurarem a educação das crianças de tenra idade tem vindo a diminuir. Muitas vezes estas são confiadas, desde os primeiros meses, a infantários. Seguindo-se a escolaridade obrigatória e as múltiplas solicitações da vida social convívio das crianças com os pais torna-se extremamente reduzido ao longo do tempo.

Mas também parece desenharse uma época («admirável mundo novo»?) em que as famílias (as mulheres) se libertem das tarefas de procriação.

A divisão social do trabalho levou ao afastamento das famílias de parte importante das tarefas de educação, assistência, etc. A única tarefa que se mantém entregue a um grupo indiferenciado de pessoas, as mulheres, os cônjuges, é a tarefa de procriação. Porque não a confiar a grupos sociais *especializados* que a possam desempenhar com menores sacrifícios e maior competência? Os métodos de procriação artificial apontam, no fim da evolução, para grupos de especialistas a assegurarem, através de meios mecânicos, a reprodução física da sociedade.

O aumento dos tempos livres tem criado a preocupação familiar de os preencher, aparecendo nesta sede a família como uma unidade de consumo: divertimentos, actividades culturais, jogos, viagens, etc. Parece, pois, que a função cultural terá progredido. Contudo, também aqui se tem vindo a verificar que a ocupação dos tempos livres é feita, fora do âmbito familiar, no que diz respeito às crianças, mas também no que se refere aos adultos.

Com o adensamento da vida familiar e da intimidade entre os seus membros, característica do século XIX, deu-se conta de uma das funções fundamentais da família: a ajuda moral e psicológica entre os membros na vida quotidiana e nas épocas de crise.

Mas também hoje esta função tem vindo a ser assumida, com extraordinário relevo em certos países, por grupos especializados de médicos e psicólogos.

nal. E alarga-se, consequentemente, a sua possibilidade de escolha, independente da família.

Finalmente, a redução do período consagrado à função da procriação e à primeira socialização também levou à emancipação da mulher. A longa série de gravidezes e aleitamentos fechava a mãe em casa durante uma longa parte da sua vida, tornando-a dependente da economia familiar e do marido.

A família deixa de ser um grupo unido pela necessidade, nomeadamente económica, para se acentuar a independência de cada um dos membros. O ambiente familiar torna-se um local onde cada um procura a satisfação das suas aspirações pessoais e que está pronto a deixar-se a não encontrar.

Nestes termos, somos levados a considerar o processo de redução das funções, não como o desaparecimento da família ou uma crise da estrutura, mas a transformação em uma “mera” associação de uma instituição hierarquicamente organizada. Os membros da família ganharam maior independência e o direito de viverem as suas próprias vidas. Isto, tanto nas relações de pais e filhos, como nas relações marido-mulher.

Sem cair no simplismo de afirmar que o alienar das funções da família resultou sempre numa emancipação. Traduz muitas vezes egoísmo, perda de solidariedade. Muitas vezes não mais se traduziu do que na criação de outras formas de dominação, mais despóticas, por mais impessoais do que as relações de família.

Não é possível esquecer que, desde o século XVIII, as formas totalitárias, ou tendencialmente totalitárias de organização da vida social e política, visaram sistematicamente, a destruição da família ou, pelo menos, o controlo da sua estrutura e da sua finalidade.

Concluindo, diremos que as principais funções da família continuam as mesmas: reprodução biológica; sociabilização; assistência emocional.

O que se alterou foi a estrutura da família que deixou de estar assente em relações de dominação, para passar a resultar (pelo menos tendencialmente) da livre procura por cada um dos seus membros da sua felicidade pessoal.

Tranquilizemo-nos: a família continua a ser, pela sua importância social, matéria digna de tratamento pelo Direito, talvez mesmo de maior interesse e de maior complexidade do que nos tempos passados.

CONCLUSÃO

O progressivo desprendimento da família do culto religioso, a perda das funções de protecção e de justiça, o apagamento das funções económicas e de assistência, conduziram ao decréscimo da importância social da família, mas também à limitação dos poderes do seu chefe e, consequentemente à emancipação pessoal, económica, social e política da mulher e dos filhos.

O poder religioso do chefe de família, a necessidade de obter protecção, a constituição da família em unidade de produção, implicavam um chefe, um administrador dotado de autoridade, que era normalmente o homem.

Enquanto a família foi a forma dominante de organização do trabalho cada um dos seus membros tinha uma função fixa, imposta pela divisão do trabalho, e subordinada ao chefe da família. No caso de faltar algum dos seus membros, o seu posto de trabalho tinha de ser preenchido, devendo o novo membro ser escolhido sobretudo em função da sua utilidade na economia familiar. Assim, o viúvo tinha de voltar a casar com alguém que desempenhasse funções idênticas à da defunta. E o filho tinha de procurar uma mulher que assumisse um papel pré-determinado na divisão familiar do trabalho. Com o colapso da função económica da produção, passou a haver muito maior liberdade na escolha do companheiro.

A possibilidade de cada um ganhar a sua vida fora do âmbito da família, libertou os membros da família da dependência do património familiar e, portanto, da subordinação aos pais. A separação do lugar de trabalho e da casa proporcionou maior liberdade aos membros da família para organizarem as suas vidas.

Com a destruição da economia familiar, a educação pode deixar de ser prática e especializada. Prolonga-se cada vez mais no tempo o momento em que o jovem tem de escolher a sua actividade profissio-

Bibliografia fundamental:

Peter Laslett (ed.), *Household and Family in past time*, Cambridge, 1971; M. M. Postan, *The Medieval Economy and Society*, 1975; Alan Macfarlane, *Família, Propriedade e Transição Social*, trad. port. Rio de Janeiro, 1980; Teodor Shanin (ed.), *Peasants and Peasant Societies*, 1971; Mitterauer e Reinhard Sieder, *The European Family: Patriarchy to partnership from the Middle Ages to the Present*, trad. ing., Chicago 1982; Frédéric Le Play, *L'Organisation de la Famille selon le vrai modèle signalé par l'histoire de toutes les races et tous les temps*, Paris, 1871; Robert Wheaton, «Family and kinship in Western Europe: The problem of joint family household», *Journal of Interdisciplinary History*, 5, 1975, p. 601 e segs; Tamara K. Hareven, «The Family as process: the historical study of family cycles», *Journal of Social History*, 7, 1974, p. 322 segs.

IV LIÇÃO

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DA FAMÍLIA
(em sentido lato)

INTRODUÇÃO

O casamento era, em Direito romano, um estado assente num consenso permanente. A Igreja veio sublinhar o peso do consenso inicial, mais adequado a fundar um estado não dissolúvel, e o carácter sacramental.

Se o carácter indissolúvel e sacramental do casamento era, de sempre, doutrina da Igreja, a construção jurídica do casamento é obtida nos séculos XII e XIII com a obtenção pela Igreja da exclusividade da jurisdição em matéria matrimonial e a consequente criação de um corpo de normas de Direito canónico que regulavam o casamento enquanto acto e enquanto estado.

Esta evolução encontrou a sua forma definitiva no Concílio de Trento.

No que diz respeito ao aspecto patrimonial, a Igreja desinteressou-se sempre largamente desta matéria, deixando-a aos poderes civis.

Quando os canonistas e os teólogos precisaram o modelo cristão do casamento, nos séc. XII e XIII, utilizaram os dois modelos de sociedade perfeita: o cosmos presidido por Deus, o mosteiro pelo abade – a família pelo pai⁽¹⁾; o mosteiro como arquétipo da sociedade humana cristã a caminho da salvação⁽²⁾.

⁽¹⁾ O carácter paternal do abade é acentuado pelos autores (por ex. Dom Salmon, *L'abbé dans la tradition monastique*, Paris, 1962). E esperava-se que o pai fosse o abade da sua família, tal como o abade era o pai de sua família monacal.

A unidade do mosteiro encarnava-se no abade – tal como a família se encarnava no pai. Contrariamente a este, porém, o abade podia ser demitido o que, na Idade Média, foi muito frequente, embora em princípio o cargo fosse vitalício (Dom Salmon, *ob. cit.*, e G. Penco, *Storia de monachismo in Italia*, Roma, 1960).

⁽²⁾ Transponho para esta matéria o discurso de Erwin Panofsky em «Architecture gothique et pensée scolastique» (Paris, 2^a ed., trad. francesa, s.d.) Eis uma passagem significativa do seu pensamento: «Nota-se um declínio da confiança no poder

1 – O PERÍODO QUE DECORRE ATÉ AO SÉCULO XII: O DIREITO ROMANO; AS TENTATIVAS POSTERIORES DE INSTITUCIONALIZAÇÃO DO CASAMENTO

1.1 – Direito romano (casamento, filiação e regime patrimonial)

O matrimónio romano clássico não era celebrado através da realização de actos taxativamente determinados, adequados à produção do vínculo matrimonial e dos efeitos jurídicos a ele ligados.

Enquanto, ainda hoje, nos Direitos de raiz europeia, o vínculo conjugal nasce de um contrato, da troca de declarações de vontade inicial, constitutivas de um vínculo que perdura independentemente dessa vontade inicial, salvos os casos, pré-fixados no ordenamento, de interrupção ou de dissolução do vínculo.

Pelo contrário, o matrimónio romano clássico é um *estado* assente num consenso.

Hoje, para se saber se há um matrimónio indagar-se-á (retrospectivamente) se foram emitidas declarações de vontade, iniciais e finais, tendo como objecto a produção de um matrimónio legítimo e se, sucessivamente, uma autoridade competente não declarou a cessação de efeitos do matrimónio ou a sua anulação.

Um jurista romano do período clássico indagaria, pelo contrário, se existe (actualmente) uma sociedade conjugal caracterizada por três pressupostos fundamentais: idade dos esposos, «conubium» entre eles, vontade actual determinável por qualquer meio de prova.

Nesta ordem de ideias, o vínculo conjugal desaparecia, para o Direito clássico, quando cessava o consenso de um dos cônjuges. Assim, a verificação de que um dos «ex» cônjuges se encontrava ligado, em certo momento, a outrem por «iustae nuptiae» (consenso e «conubium») envolvia, não a presunção de bigamia, mas sim a conclusão

sintético da razão que tinha triunfado com Tomás de Aquino, de onde decorre uma ressurgência – num plano completamente diverso, é evidente – das correntes reprimidas na fase clássica. A *Suma* é novamente substituída por tipos de representação menos sistemáticos e menos rigorosos. O agostinianismo pré-escolástico (afirmando, entre outras coisas, a independência da vontade perante o entendimento) renasce vigorosamente contra Tomás, e as doutrinas anti-agostinianas de Tomás são solenemente condenadas três anos depois da sua morte. Paralelamente, o tipo clássico de cathedral é abandonado a favor de outras soluções, menos perfeitamente sistematizadas, e por vezes, algo arcaicas, e, nas artes plásticas, observa-se o renovar de uma tendência pré-gótica para o abstracto e o linear» (pág. 75).

No Direito canónico da família, a aliança entre teólogos e juristas é mesmo, declarada. Os teólogos fornecem o fundamento e o modelo do Direito que os canonistas vão criar. Modelo que é buscado necessariamente nas suas representações.

(embora de princípio) de que o matrimónio anterior era agora inexistente por falta de consenso.

A expressão clássica «consensus facit nuptias» terá precisamente este sentido de consenso continuado.

Nas leis de Constantino, possivelmente por influência cristã, a mesma frase assume um sentido diferente, referindo-se à fase genética. O matrimónio começa a delinear-se como um negócio jurídico bilateral, persistindo o vínculo independentemente da vontade dos cônjuges.

É o que parece decorrer nomeadamente das restrições postas à vontade dos cônjuges como determinante da dissolução do casamento, ao mesmo tempo que, em certos casos, se exige publicidade ou solenidade do acto inicial.

1.2 - A «antítese» cristã

As normas provenientes do Antigo e do Novo Testamento parecem demasiadamente escassas e vagas para vincular os comportamentos e estruturarem uma instituição. O Novo Testamento poucas normas editou. Cristo não se preocupou em legislar; falou e viveu como Deus feito homem - suposto que um homem pudesse inconcebivelmente pensar Deus como homem. Nas escassas respostas que deu a problemas jurídicos, inclui-se a declaração da indissolubilidade do matrimónio (Mt. 19, 6 e 9; Mc. 10, 11; Lc. 16, 18). São Paulo limitou-se a «acrescentar» uma relação simbólica entre o matrimónio cristão e a união de Cristo com a Igreja (Ef. 5, 21-23). Simbolismo, aliás, fecundo de consequências no decurso dos séculos.

Os primeiros cristãos encontram dificuldade em transformar as normas da ética cristã em regras jurídicas⁽¹⁾.

(1) Mesmo depois de a liberdade de culto ter sido concedida aos cristãos e de, pouco a pouco, o cristianismo ser transformado na religião do «Estado» romano, as dificuldades de a Igreja criar e impor um Direito matrimonial com efeitos civis, eram evidentes. Nos séc. IV e V a Igreja dependeu estritamente do Imperador; não só pelo relevo deste na vida de Roma, como pelo meio ambiente hostil nos primeiros séculos.

O poder imperial, não só se tinha alargado no decurso dos séculos, como adquiria justificações mais profundas. Assim, Sêneca («De Clementia») exaltou a majestade do imperador, só limitada pela sua clemência; o «princeps» é o vínculo que liga a

Os cristãos contraem matrimónio segundo as leis das suas cidades e dos seus estatutos sociais; devem tentar viver o estado de casado de modo diferente dos pagãos, seguindo as exigências da moral cristã. Mas, muito rapidamente, os traços essenciais da doutrina cristã do casamento estão afirmados.

1.2.1 - A indissolubilidade

As primeiras comunidades já sabem que Cristo «criou» o casamento como uma união para toda a vida. Paulo (I Epístola aos Coríntios, 7, 10-11) escreve: «quanto às pessoas casadas eis o que ordeno, não eu mas o Senhor: que a mulher não se separe de seu marido - em caso de separação que não se volte a casar, que se reconcilie com o seu marido, e que o marido não repudie a sua mulher».

Mas... querará Deus realmente que a união se mantenha em caso de adultério, por exemplo? A ordem do povo de Deus será mais assegurada pela rígida observância da indissolubilidade da união através de todos os escândalos e crises?

Uma corrente, largamente maioritária, entende que só no caso de adultério é legítima a separação, embora seja vedado um segundo casamento que não será mais do que um «adultério decente» (Atená-

comunidade, a verdadeira alma de Roma. Dio de Prusa, Aelius Aristides e Plínio, nos séculos seguintes, acentuam ainda mais o panegírico do imperador, personagem divina.

Embora Constantino não se visse exaltado pelos pagãos, teve os cristãos para proclamarem as suas virtudes e o seu carácter sagrado. Eusébio de Cesareia (vd. F. J. Foakes-Jackson, *Eusebius Pamphylis*; Charles Norris Cochrane, *Christianity and Classical Culture*, Oxford, 1980), apresentava Constantino como o campeão delegado por Deus para ser o ministro da sua vingança sobre os perseguidores dos cristãos. Logo a seguir a Deus, havia o imperador. E a autoridade de um príncipe cristão assemejava-se à autoridade divina. Esta proximidade entre Deus e César é contemporânea da activa intervenção do imperador (Constantino, Constâncio, Teodósio, etc.) nos assuntos da Igreja, presidindo a Concílios, vigiando o dogma, fazendo bispos, etc. melhora-se à autoridade divina.

A Igreja nascendo devia contentar-se com o apoio do imperador na resolução das suas crises, para pensar em intervir demasiadamente nos assuntos estritamente civis, como o Direito matrimonial. É aliás, duvidoso que a evolução que este teve no Baixo Império tenha resultado de influências cristãs e não (também) da reorganização da sociedade por facto do poder civil, em atenção a necessidades laicas.

A obra de Santo Agostinho representa a síntese deste período, e vai influenciar profundamente o futuro.

O pecado, lançando o homem fora da sua inocência primitiva, fez-lhe conhecer a concupiscência, doravante associada ao casamento. Contudo o casamento e a própria cópula não são males em si mesmos. Pelo contrário: o casamento faz bom uso, justificando-a, da cópula conjugal. O bom uso é a finalidade da procriação. Os cônjuges, utilizando a cópula para ter filhos, não pecam. Só pecarão na medida em que juntarem à cópula uma intenção voluptuosa (pecado venial).

A «antítese» cristã não chegou, assim, a constituir uma síntese com a tradição romana, nem chegou para destruir esta.

goras; mas também Teófilo de Antioquia, Clemente de Alexandria, o Concílio de Elvira (cerca de 306), o Concílio de Arles (314) etc.).

Uma corrente sempre afastando, embora, o segundo casamento, chega ao ponto de exigir o repúdio do cônjuge infiel: «o Apóstolo não permite que se unam a uma prostituta os membros de Cristo» (Tertuliano). O que não impede que se use de misericórdia para os que, separados por motivo válido, estão ligados por segundas núpcias.

1.2.2 – O valor moral e os fins do casamento

Para as civilizações antigas e clássica o fim do casamento era a procriação. O judaísmo desconfiava do casamento e da mulher. Os provérbios falam cinco vezes da mulher quereladora, sete vezes da sedução da estrangeira, mas só duas vezes da mulher virtuosa.

As duas ordens ascéticas judaicas do tempo de Jesus, os essênios e os terapeutas, aconselham a recusa do matrimônio; ou, então, o matrimônio só por três anos, a fim de continuar a raça eleita; e, depois, o regresso à vida do homem santo, só perante Deus.

Simultaneamente a mulher, romana, grega ou judia aparece como uma eterna menor, subordinada ao marido, instrumento de procriação. Foi com esta tradição que o cristianismo se viu confrontado.

Nem no Evangelho nem nas Epístolas se menciona o dever de procriar como obrigação imposta pela Salvação.

E a mulher é libertada da subordinação ao marido: não há judeu, nem grego, nem homem, nem mulher, são todos iguais perante Deus.

Acabam as discriminações assentes no sexo, já que não pode ser assinalada à mulher uma função específica. A isto parece associar-se, naturalmente, o primado do amor sobre a descendência.

Contudo, as tradições judaica e romana constituíram obstáculo demasiado para ser facilmente ultrapassado. E, de qualquer modo, a virgindade aparece sistematicamente considerada como mais valiosa do que o casamento.

São Paulo, reproduzindo a tradição judaica e o milenarismo vigente, escreve que «quereria que todos fossem como eu» («continentes»).

Superioridade da virgindade sobre o casamento; casamento que é bom pois sustenta o fraco; mas é inútil ao homem forte; mais: só levantaria obstáculos no seu caminho (São João Crisóstomo).

O ano de 1031 marca uma viragem na jurisdição da Igreja em matéria matrimonial. Viragem que se integra num grande movimento eclesiástico no sentido de «re»-estabelecer a ordem na Igreja e na sociedade laica.

«Reformar a paz» é o objectivo dos Concílios de Bourges (1 de Novembro de 1031) e de Limoges (18 de Novembro de 1031) que tratam de três assuntos intimamente ligados entre si e com a paz: a paz de Deus, o casamento e a eficácia prática da excomunhão.

A excomunhão atingirá os senhores que se recusarem a acatar a paz imposta pelo seu bispo.

Mas a reforma dos costumes dos clérigos e dos leigos (a paz civil) acompanha de perto a reforma dos costumes belicosos dos senhores. Os clérigos da época vivem por vezes em situações irregulares, casando-se.

Os bispos fazem ver que o casamento pertence à sua jurisdição – e reafirmam a proibição do casamento dos clérigos.

Chamando à sua jurisdição o «casamento dos clérigos» – pretendem facilmente contestável – os bispos abrem o caminho para exigir a sua competência exclusiva sobre o casamento dos leigos. O concílio de Bourges reafirma que o casamento é indissolúvel, proibindo novo matrimónio ao cônjuge que repudiou a esposa por adultério. Esta norma é reafirmada pelos Concílios seguintes (Reims 1049 e Tours de 1060). E, em 1104, os Concílios de Beaugency e de Paris, depois de um longo conflito, tomam conhecimento da promessa do rei de França que, submetendo-se à jurisdição eclesiástica, reconhece a invalidade de um segundo casamento que celebrara ainda durante a vigência do primeiro.

Assim se iniciou o processo de reivindicação da competência exclusiva da Igreja em matéria matrimonial que levou à constituição para a Igreja de uma «reserva de lei» que lhe permitiu a criação, no seu interior, de todo um Direito matrimonial com eficácia externa, tutelado pelo Estado.

St. Yves de Chartres ocupa-se em descrever o processo de apreensão da nulidade do casamento ou de prova do adultério. Nos séculos XII e XIII, com a convocação de Concílios gerais e a publicação de numerosas Decretais, o Direito matrimonial desenvolveu-se e foi objecto de crescente interesse por parte da doutrina que entretanto se organizava, sobretudo a partir de Bolonha.

2 – A INVENÇÃO DO DIREITO MATRIMONIAL

2.1 – A invenção do Direito matrimonial (séculos XII e XIII)

Por “invenção” do Direito matrimonial quero significar a transformação em normas jurídicas estaduais, em Direito aceite e aplicado pelo “Estado”, das normas eclesiásticas sobre o casamento que viam neste um vínculo indissolúvel, perpétuo, monogâmico, heterossexual e de carácter sacramental. Sobre tudo a afirmação “jurídico-estadual” da sua perpetuidade. “Invenção” que se enraizou na competência exclusiva da jurisdição eclesiástica sobre o matrimónio verificada a partir do século XI.

O séc. XIII é o da ordem: política, social, profissional, religiosa. Ordem querida por Deus, e mantida pelo Papa, detentor das “duas espadas”, do poder espiritual e temporal.

No século XIII, os ideólogos compraziam-se em descrever a ordem: o inferior subordinado ao superior; o «iunior» sujeito ao «senior»; os ofícios agrupados em corporações; tal como Deus-pai, a Virgem Maria e Cristo, também o casal cristão e os filhos, o casamento disciplinando as paixões, e organizando a procriação.

Como se chegou a esta ordem?... Como se chegou ao “matrimónio canónico”?

No decurso do século IX, nos Estados carolíngios, havia, no que se refere aos aspectos pessoais do casamento, uma competência partilhada de jurisdições. Sendo assunto civil, o casamento deveria estar submetido a jurisdição laica; relevando da moral cristã, nomeadamente quanto à indissolubilidade, a Igreja sentia-se no Direito de o julgar.

Nos séculos seguintes, a desorganização social e política remetem o casamento para o domínio dos costumes. As separações, os divórcios, as segundas núpcias na vigência de um casamento anterior válido, parece terem sido frequentes.

2.1.1.1 – O trabalho complementar: a re-elaboração dos fins do casamento

Na época em que os canonistas impõem à sociedade a «sua» instituição matrimonial, havia que a justificar socialmente. Pouco a pouco abandona-se a severidade dos padres da Igreja para quem o casamento, inquinado pela concupiscência, vizinho próximo do pecado. Através da procriação, primeiro, do auxílio mútuo dos cônjuges e do remédio da concupiscência, depois o casamento aparece justificado, correspondendo às necessidades permanentes da sociedade e dos próprios cônjuges. Mas foi este um processo longo e tardio, talvez só nos nossos dias completo. Desvalorizado perante a «ordem do ministério», o casamento do matrimónio tem sempre, próximas, as suas raízes de simples «remédio» tolerado.

Santo Agostinho via em três «bens»: «proles», «fides» e «sacramentum», a razão determinante da instituição do matrimónio por Cristo. «Proles» significa a procriação e a educação dos filhos; «fides», a fidelidade que se devem os cônjuges; «sacramentum», o vínculo indissolúvel entre os cônjuges, que simboliza a ligação entre Cristo e a Igreja.

Embora a «proles» fosse o bem mais «importante» do casamento, o «sacramentum», conferindo ao casamento a indissolubilidade proveniente da união das almas, tinha um valor «superior».

O uso do casamento deve estar sempre subordinado à geração, sendo a procura do prazer um pecado venial. É assim que o casamento é um «remédio da enfermidade», permitindo o uso ordenado dos prazeres da carne.

Para além destes bens, Santo Agostinho, admite «a sociedade fraterna» dos cônjuges, fundada no amor espiritual das almas, que proporciona os cônjuges uma ajuda para guardarem os preceitos divinos e constitui uma consolação humana.

A doutrina de Santo Agostinho foi seguida de perto pelos autores (S. Leão Magno, Santo Isidoro de Sevilha, S. Gregório Magno, Rupert de Deutz, Hervé de Bourgueil, Anselmo de Laon, Guilherme de Champeaux, etc.) durante toda a Idade Média. A reprovação do acto sexual é acentuada, mesmo. Para isto terão contribuído o facto de a maioria dos moralistas serem monges e a necessidade de controlar as paixões em períodos, como a Idade Média, em que os sentimentos eram muito intensos.

Uma certa sub-valorização moral do casamento manteve-se, aliás, até há pouco, pelo menos nas representações sociais dos católicos.

Contudo, já a baixa Idade Média o recuperara sob o ponto de vista moral. A uma pergunta de Heloísa, Abelardo fez ver que o casamento é um bem. Toda a obra de Deus é boa e, se o criador quis que a actividade dos sexos fosse acompanhada de prazer, o que o obtem fê-lo legitimamente (no quadro do matrimónio). A «indulgência» concedida por S. Paulo aos esposos é uma verdadeira permissão.

Hugo de S. Victor rompe com a tradição agostiniana ao considerar que o «sacramentum» é a realidade essencial da união conjugal, na medida em que traduz a sociedade indivisa e amante entre os cônjuges. A sociedade conjugal, assente no amor mútuo, santifica as relações sexuais.

S. Tomás de Aquino, mantendo-se fiel à trilogia dos bens do matrimónio enunciada por Santo Agostinho, entende que, sendo a relação sexual ordenada à finalidade determinada por Deus, ou seja, à procriação, ela é necessariamente boa.

2.1.2 – O matrimónio como sacramento

Os teólogos e canonistas sempre qualificaram o matrimónio como sacramento.

Contudo, até meados do século XII, fundamentalmente até à obra de Pedro Lombardo, a incerteza sobre o conteúdo da noção «sacramentum», tomado este em sentido muito lato, tornava pouco precisa a qualificação do matrimónio como um sacramento. A partir do século XII, com a precisão do conceito de sacramento, as incertezas acabaram.

Santo Alberto Magno considera o matrimónio perfeito pela simples troca dos consentimentos. Figurando a união de Cristo com a sua Igreja, através da união dos esposos, confere a graça. É pois, um sacramento. Pontos de vista que são seguidos por S. Tomás de Aquino.

2.1.3 – O Concílio de Trento

O grande período de elaboração teológica iniciado no século XIII veio precisar os principais traços do casamento.

O matrimônio como signo da união de Cristo com a Igreja; concepção que tem as suas raízes na instituição originária da sociedade conjugal; embora só com a incorporação a Cristo, traduzida pelo batismo, o matrimônio adquira a sua configuração perfeita. Ao batismo devia associar-se a consenso dos ânimos e a conjugação dos corpos. Estas três realidades criam o vínculo conjugal que, uma vez consumado, é permanentemente signficante da união no amor e na graça que existe entre Cristo e a sua Igreja, do vínculo entre Cristo e a sua Esposa pela participação na mesma carne, através do mistério da Encarnação.

Simultaneamente, os canonistas aprofundaram as normas da ordem matrimonial, tanto no que se refere à essência e propriedades do vínculo, como quanto aos seus pressupostos e efeitos.

No século XVI, o Concílio de Trento veio dar forma «definitiva» à corrente largamente dominante. Define-se um corpo de normas jurídicas sobre o casamento, homogêneo, coerente e de validade universal.

A aliança do poder civil e do poder hierocrático teve suficiente peso para, até fim do século XVIII, impôr um modelo de matrimônio – solene, sacramental, submetido à jurisdição eclesiástica, indissolúvel, monogâmico e heterossexual – reduzindo as práticas contrárias (nomeadamente os casamentos não-solenes, «clandestinos») e combatendo severamente a marginalidade.

Isto, mesmo nos Estados protestantes, em que, embora o casamento não fosse considerado um sacramento, a sua estrutura e o seu sentido eram os tradicionais.

2.2 – A evolução do regime de bens e das regras sucessórias (estatuto patrimonial)

Para adquirir consistência social, o casamento, durante a Idade Média, pressupõe transferências patrimoniais. Nos períodos, e nos grupos sociais, em que o contrato de matrimônio não é solene, a troca de bens entre os noivos publicitava o casamento e assegurava a firmeza das suas intenções.

Na Alta Idade Média os bens eram dados pela família do marido para compensar a família da esposa da perda que esta família sofria. Depois, os bens passam a ser dados à esposa (*arras*) que, em contra-

partida, traz outros bens (*dote*): todos eles se destinam a assegurar a sua existência, estando subtraídos ao poder de disposição do marido. A partir do séc. XII, a importância do dote da mulher tende a aumentar, enquanto que as *arras* diminuem até desaparecer.

É à volta do dote que se centra a problemática das relações patrimoniais dos cônjuges. Antes, a mulher usufruía os bens dotais, podendo mesmo, em algumas regiões, dispôr deles, pelo menos quando enuviava.

Para o fim da Idade Média, os seus poderes diminuem em benefício do marido. Este administra os bens, dispõe dos seus rendimentos, e a viúva não pode alienar os bens.

Os patrimônios eram elementos da estratégia de aliança das famílias (para o seu engrandecimento ou simples sobrevivência): através do dote, a família da esposa procurava obter uma aliança com outras famílias que a ajudassem nos seus desígnios públicos ou sociais.

Por morte, e fora a parte da Igreja e dos pobres, os bens de linhagem seguiam as vias da sucessão legítima de cada um dos cônjuges, favorecendo os filhos homens e, em particular, o primogénito. Já que as filhas casadas já tinham sido contempladas com um dote.

Bibliografia fundamental:

- Diogo Leite de Campos, *A invenção do Direito matrimonial, I. A institucionalização do casamento*, 1989; Volterra, *La conception du mariage d'après les juristes romains*, Padova, 1940, «Matrimônio» (diritto romano)» *Enc. del Diritto*; A. Esmein, *Le mariage du droit canonique*, 2ª ed. por R. Génestal e J. Dauvillier, 2 vols, Paris, 1929 e 1935; K. Ritzler, *Le mariage dans les Églises Chrétiennes du Ier au XIème siècle*, trad. fr., Paris, 1970; L. Währmund, *Das Institut der Ehe in Alertum, Weimar, 1933*; P. Daudet, *Etudes sur l'Histoire de la jurisdiction matrimoniale. Les origines carolingiennes de la compétence exclusive de l'Eglise depuis le décret de Gratien (1140) jusqu'à la mort de Clément V (1314)*, Paris, 1933; G. le Bras, art. «Mariage», *Dict. Théol.* cat.; P. Pourrat, *Théologie des sacraments. Etude de Théologie positive*, Paris, 3ª ed; Eloy Tejero, *El Matrimonio, misterio y signo, siglos XIX al XV*, Pamplona; P. S. Leicht, *Il diritto privato preimeriano*, Bolonha, 1933; G. Rossi, «Statut juridique de la femme dans l'histoire du droit italien», *La femme* (Rec. Soc. Jean Bodin, XXII), Bruxelles, 1962, p. 115 segs; Jack Goody, Joan Thirisk e E. P. Thompson (ed), *Family and Inheritance: rural society in Western Europe 1200-1800*, Cambridge, 1976; Diane Owen Hughes, «From brideprice to dowry in mediterranean Europe», *Journal of family History*, 3, 1978, p. 262 e segs.

V LIÇÃO

A DESINSTITUCIONALIZAÇÃO DA FAMÍLIA:
DO DIREITO PÚBLICO AO DIREITO PRIVADO

INTRODUÇÃO

A Idade Moderna ainda apresenta famílias com estruturas e funções claramente assentes na Idade Média. Também o Direito da Família pouco ou nada se alterou, fosse em que país fosse.

O século XIX é um século de transição para a estrutura e as funções da família, mas também para o seu Direito. Sobreretudo para este último que evolui dessincronicamente da estrutura e das funções da família, apresentando, em diversos países e em diversas épocas, características particularmente inovador em relação à evolução social.

É o século XX que conhece as maiores mudanças no Direito e na ordem familiar. De elemento da ordem pública rigorosamente disciplinada pelo «Direito público», assente na autoridade do pai, chefe da família, fonte de normas, o agregado familiar foge à dominação deste, contratualiza-se, fracciona-se em diversos membros libertos da dominação.

O Direito reflecte, com maior ou menor desfazamento, esta evolução.

O Direito «público» da família passa a Direito civil, formado de normas «imperfeitas», desprovidas de coação; tendencialmente será só um conjunto de normas destinadas a assegurar a liberdade de cada um, a sua igualdade, ao serviço de um equilíbrio de interesses de cunho marcadamente personalista.

1 – O FRACÇIONAMENTO DA FAMÍLIA: O DESAPARECIMENTO DA AUTORIDADE DO PAI-CHEFE

1.1 – A tradição

Os clérigos que consolidaram o matrimónio nos séculos XII e XIII estavam imbuídos do processo escolástico do pensamento e tinham como modelo prático de vida o mosteiro.

O matrimónio foi inserido estrutural e dinamicamente na ordem do cosmos iluminada por Deus, como causa suprema.

O cosmos é presidido por Deus; o abade preside à vida do mosteiro beneditino; e o marido-pai preside à vida da família. Sem a paternidade de Deus, do abade, do marido, a natureza institucional (a natureza, o mosteiro, a família) será desprovida de alma, reduzida a uma mecânica externa e falível.

Já o vimos.

O modelo monástico, protótipo de uma sociedade organizada, fornece aos intelectuais um meio de elaborar uma verdadeira filosofia social. Bastava estender a noção religiosa de «ordem», ou seja, de vida regulada pelos «canones», sobretudo da regra de S. Bento, a todo o universo social, o que levaria a um verdadeiro «pôr em ordem» dos leigos, à imagem do mundo dos monges.

A dependência filial do homem perante Deus (como de Cristo perante o Pai) é uma das dimensões da sua liberdade de homem novo. O beneditino só o é desde o momento em que assume esta dependência filial perante o abade. Do mesmo modo, a mulher e os filhos dependem do marido-pai, ao qual devem estar sujeitos.

A autoridade é, porém, temperada por uma lei. Deus pelo amor; o abade pela lei de Deus e pela regra de S. Bento; o marido pela lei de Deus e pelo Direito canónico. Haverá, pois, sempre duas fontes de

autoridade: um texto escrito e uma pessoa viva. Na vida monástica escolhe-se o pai: os monges elegendo o abade, qual o pai que por sua vez gera os filhos pelo seu ensino. Também a esposa escolhe o esposo que a há-de levar pelo caminho da salvação.

O pai transforma-se, assim, numa verdadeira fonte de criação de Direito, de normas da organização interna da família que se impõem aos seus dependentes, mulher, filhos e outros. A vontade do pai é «lei» a cada momento.

A associação familiar transformou-se em instituição divina. O carácter sacramental do casamento conduziu-a, estrutural e dinamicamente, a uma instituição religiosa. A família é a célula básica da Igreja, ela própria Igreja em miniatura, com uma hierarquia chefiada pelo pai: que devia veicular, pela própria natureza das coisas, a doutrina da Igreja. Uma lei escrita, uma autoridade pessoal...

Platão afirmava que «para uma República bem constituída, as primeiras leis deviam ser as que regulam os casamentos»; e Confúcio acrescentava: «nada é mais sagrado do que esta união e da boa ordem que aí reinar resulta a boa ordem de toda a sociedade». A estrita hierarquia e dominação no interior da família terão mesmo sido acentuadas no decurso dos séculos XVII e XVIII em virtude das doutrinas políticas do absolutismo e do despotismo iluminado que assentavam na necessidade de uma rigorosa ordem tendo à cabeça um chefe esclarecido e de mandato divino. Chefe que, no caso da família, era o pai.

Esta ordem familiar, assente na própria essência do cristianismo, parecia imutável e era indiscutida. O grupo familiar era representado como um grupo de afecto e de necessidade que sancionava toda a autoridade (e toda a opressão...)

Mesmo as relações de exploração económicas eram justificadas, ao situarem-se no quadro da família-uniidade de produção.

A família, círculo de afecto e centro de autoridade, garantia um grau razoável de segurança e esbatia os conflitos (à custa de sacrifícios de uma parte dos seus membros). Cada geração tinha o sentimento de estar a preparar a geração seguinte, segundo um modelo imutável e necessário para o bem desta, e com um mínimo de violência.

Mas a família também podia ser palco de extrema violência. Não me estou a referir ao cenário político em que as famílias eram protagonistas da maioria das tragédias – não era a história política, a história

da luta entre as famílias ou no seio de cada uma? As histórias que se contavam à noite à roda do fogo tinham como figuras principais, maridos ciumentos, enteadas perseguidas, esposas maltratadas ... Foi quase só na transição dos séculos XVIII/XIX que grandes massas de «indivíduos» apareceram, em conflito, na cena social. Até aí os conflitos eram entre pessoas, frequentemente no quadro familiar – leiam-se Sófocles, Shakespeare, Racine, Froissart.

Deste modo se assegurava, através de um mecanismo particularmente eficaz, o controlo da população e a sua submissão aos valores sociais. A família era, não só um utensílio de acção social da Igreja, mas também um instrumento no controlo do Estado ou do poder real sobre as populações.

Os textos destes séculos descrevem-nos, seja qual for o país, protestante ou católico, famílias rigidamente organizadas, com todos os seus membros dependentes da autoridade soberana e ilimitada do pai; a família-instituição posta ao serviço dos fins sociais.

A própria escola alemã do Direito natural encontrava-se, ainda no século XVIII, profundamente imbuída de tradicionalismo em matéria de família, apesar dos seus fundamentos racionalistas e do seu protestantismo de raiz. Balançava entre uma moral profundamente enraizada na tradição e um racionalismo «modernista» de poucas consequências.

Assim, nunca ultrapassou a visão da família-instituição ao serviço da sociedade: o seu fim era a procriação (função eminentemente social). O interesse dos cônjuges era esquecido, mesmo quando se acentuava (sem outras consequências) o carácter contratual do casamento. Como foi só através da afirmação do interesse dos cônjuges como causa do matrimónio e fundamento do respectivo estado que, no século XX, a família foi repensada – a escola do Direito natural manteve-se radicalmente conservadora.

A mulher, mesmo para os que a consideravam a igual do marido, acabava sempre submetida a este.

Leiamos os principais autores da escola alemã do Direito natural.

Grotius, embora assinala a importância do livre consentimento no matrimónio (mas há oito séculos que «ninguém» a negava) vê no casamento uma forma de sujeição (natural) de uma parte do género humano (a feminina) à outra.

Pufendorf não ultrapassa claramente a afirmação de que é mais conforme à natureza da mulher submeter-se ao marido.

O casamento era visto como uma instituição tendo como fim a procriação.

É neste ponto que o pensamento dos «jurisnaturalistas» se revela mais conservador (lembrando certas seitas judaicas no início do primeiro milénio).

Assim, para Thomasius e os seus discípulos todo o direito matrimonial se estrutura em função da finalidade da sociedade conjugal: a procriação. Tendo mesmo os cônjuges Direito a pôr termo à sua união, uma vez a finalidade obtida com o nascimento do primeiro filho.

Wolff mantém que o casamento se destina à procriação e educação dos filhos, podendo dissolver-se logo que se verifica a impossibilidade de procriação, ou os filhos estão educados. É certo que, para ele, o casamento é uma sociedade «igualitária» entre marido e mulher — embora a autoridade conjugal pertença ao marido.

1.2 — O Direito da Família

Não se diga que o Direito que regulava esta família era Direito civil, um Direito visando regular as relações livres entre iguais, ou um Direito desprovido de sanções.

O Direito da Família nesta época era inspirado pela ordenação social, esta animada pelo despotismo, estruturado por normas imperativas, fundadas na vontade do príncipe, sancionadas pela sua vontade.

Também na família, ao lado de regras éticas fundamentais, inspiradas do Direito canónico, ou consagradas directamente neste, a ordem era sustentada e mantida pela vontade do pai — fonte de Direito — e garantida pelas sanções aplicadas, quantas vezes com severidade excessiva, pelo chefe.

Mulher e filhos estavam na dependência do pai que lhes podia aplicar um larguíssimo número de sanções, que iam desde a privação de recursos materiais até às mais severas punições físicas e morais.

Foi este o «mundo que perdemos»...

2 — A NOVA FAMÍLIA — A DESTRUIÇÃO DA TRADIÇÃO E DA DOMINAÇÃO

2.1 — A recuperação da família pelo Direito do Estado (Direito civil)

Foi contra a família-instituição religiosa, e não desde logo contra a família-instituição social, que surgiram ataques por parte dos protestantes e regalistas, primeiro, e depois por parte dos movimentos laicos do século XVIII e XIX. Atacaram precisamente o sinal da sua religiosidade, o controlo jurisdicional da Igreja, e o sinal da sua sacramentalidade, a indissolubilidade do vínculo matrimonial.

Os protestantes, considerando que o casamento não era um sacramento, abriram o caminho para o divórcio. Contudo, as funções da família e as representações sociais eram contrárias ao divórcio durante os séculos XVI, XVII e XVIII. Só com o século XIX e, mais claramente, com o século XX, o divórcio passou a ser socialmente aceite, mesmo nos países protestantes.

Os movimentos regalistas e os movimentos laicos do século XIX tentaram, através de diversos golpes de força, mais ou menos bem sucedidos, fazer com que o Estado se apropriasse do monopólio da jurisdição sobre o casamento e a família, que tinha passado para a jurisdição da Igreja, como vimos, no século XII. Esta apropriação levava, necessariamente, ao desaparecimento do carácter religioso da família e da indissolubilidade do vínculo, com a introdução do divórcio.

Normalmente, os referidos movimentos não se deram conta de que, sendo a família uma unidade estrutural e dinâmica indecomponível, a destruição da sua justificação sacramental, do seu carácter religioso, ia pôr em causa todo o seu equilíbrio e as suas funções. A família laicizada tinha de ser necessariamente diferente da família religiosa.

O período que vai até meados do século XIX, embora muito variável de país para país, é o da «questão do casamento civil». Considerava-se que o casamento era matéria laica, dizendo só respeito à sociedade e ao Estado devendo, portanto, ser regulado pelas normas do Direito estadual. O casamento tinha de ser o casamento civil. Como consequência lógica, passava-se a admitir o divórcio.

Contudo, nesta primeira fase não se pôs em causa, pelo menos a nível do Direito, a estrutura hierárquica da família dominada pelo pai. A mulher continuava sujeita ao marido na generalidade dos códigos civis e das legislações do século XIX, assim como os filhos estavam submetidos poder paternal (repare-se que o poder era *paternal*, do pai, e não *parental*, do pai e da mãe); poder que se prolongava bastante no tempo: a maioridade era atingida só em idade relativamente avançada; cabia ao pai a representação da família e a administração dos seus bens; e mesmo a participação na vida política, como único cidadão com Direito a ela, ou como representante de todo o agregado familiar. Temos de esperar pelo século XX para assistir à libertação da mulher e dos filhos do poder «paternal». O factor determinante terá sido o acesso da mulher ao mercado de trabalho, tornando-a independente dos ganhos auferidos pelo marido, até aí o principal sustentáculo da economia familiar. Assim como, a partir dos anos sessenta, surgiu uma nova representação social do papel dos filhos no seio da família e no meio social, que os considera largamente independentes desde cedo da autoridade do pai.

A família transforma-se num espaço privado, de exercício da liberdade própria de cada um dos seus membros, na prossecução da sua felicidade pessoal, livremente entendida e obtida. A ordem pública passa a ser vista como o resultado da interacção dos cidadãos, e não das famílias. E, de qualquer maneira, a família deixa de ser ou, mais precisamente, deixa de poder ser utilizada, como um instrumento dessa ordem. O espaço familiar é um espaço privado.

A vida, até ao fim do século XVIII e, nitidamente, até ao fim do século XVI, passava-se em público, — no interior da casa, aberta à multidão de parentes e dependentes, para os nobres e os reis; na rua, para o comum dos mortais. A benção do leito nupcial, o parto, a morte, eram factos «públicos». O deitar e o levantar do rei em Versailles nada mais eram do que o espelho, «dourado», da realidade social.

A partir do século XVIII, a família fecha-se, foge à rede social tradicional. O indivíduo ao descobrir-se, encontra-se numa família na

qual se encerra para encontrar uma dimensão humana. O século XIX e o começo do século XX assistem à aliança entre a família e o indivíduo, a substituir-se à da família-sociedade. É a época do intimismo, do amor romântico, do amor filial.

O Direito da Família deixa de ser um Direito público, para ser Direito civil. Direito privado, de cidadãos iguais, livres de constrangimentos, exercendo a sua autonomia pessoal e patrimonial. Isto, tanto nas relações entre os cônjuges, como nas relações entre estes e os filhos.

Descobre-se, nesta altura, que a lei da família é realmente importante para restaurar a harmonia. O Direito da Família é a lei das obrigações imperfeitas e das sanções imperfeitas. As suas (novas) normas quadram-se mal com o Estado como fonte de Direito. Desaparecido o chefe da família, cuja vontade era lei, a ordem pública e a lei do Estado dificilmente entram no âmbito privado em que se transformou a família. O Direito da Família falha, sobretudo, na regulamentação das relações pessoais. O Estado não pode obrigar uma mulher a amar o seu marido, ou um filho a respeitar os seus pais. O campo do Direito da Família é devolvido, sobretudo, à moral e aos costumes.

Nos momentos em que tudo funciona bem na família, a lei não é necessária para nada. Nos momentos de crise, a intervenção da lei nada mais é do que, normalmente, a constatação da falência da organização familiar. E a lei codificada da família, partindo do normal, prevendo as condições da harmonia familiar, abandona o campo quando esta harmonia desaparece e se chega à crise.

A principal vítima desta privatização é o Direito das pessoas. O casamento é deixado à liberdade dos cônjuges, valendo o que estes quiserem que ele valha. Passa a ser o produto dos interesses, sempre variáveis, de dois sujeitos de igual poder; ou dependendo dos sucessivos equilíbrios e desequilíbrios que entre esse poder se vão estabelecendo. Todos os aspectos estruturais e funcionais da família foram afectados por esta evolução; que, como todas, tem aspectos positivos e negativos, centrando-se estes, sobretudo, à volta das funções essenciais da família, como sejam, a procriação e o auxílio mútuo entre os cônjuges.

2.2 – Perspectivas de evolução

Estreitamente dependente da evolução social, o Direito da Família será o que esta for: caso contrário, terá de se resignar a ser ineficaz. Toda a perspectiva de futuro dependerá, portanto, da ideia que se tiver sobre a evolução social. De qualquer maneira, a evolução do Direito matrimonial tem assentado, até hoje, numa lógica cujas consequências não são difíceis de prever. A ordem do casamento – monogamia, estabilidade, indissolubilidade – é necessária para enquadrar o auxílio mútuo entre os cônjuges e a procriação. Esta ordem, e o seu conteúdo, são postos em causa pelo multiplicar dos divórcios.

O divórcio por mútuo consentimento traduz uma fase avançada da destruição jurídica da estabilidade do casamento e, em consequência, deste último como estrutura jurídica.

O novo casamento representa um regresso à concepção do Direito romano. Transforma-se num negócio privado, numa relação fundada sobre a coabitação e o consenso contínuo. A dissolubilidade fácil transforma o casamento no que cada um dos cônjuges quiser. O divórcio por mútuo consentimento significa, com uma grande clareza, que a ordem jurídica já não sustenta o casamento, tornando-o disponível por simples acordo dos interessados. Através do divórcio por mútuo consentimento a sociedade aceita abrir a porta de facto a ligações a prazo que já não são efectivamente casamentos.

A procriação, considerada como assunto meramente individual, estava presente no art. 68 da Constituição, redacção de 1976, que só reconhecia a maternidade enquanto valor social e que só previa a protecção do Estado para a mãe na sua função de educação dos filhos. É certo que a revisão de 1982 colocou a paternidade ao lado da maternidade. Mas isso não impede que a função de procriação seja a primeira vítima da instabilidade do casamento. Uma criança representa (por enquanto!) nove meses de gestação, vinte anos de educação, uma vida de preocupações. Anos que já não são por vezes concebidos como a realização de um espírito cheio de amor, mas antes como constrangimentos intoleráveis para a liberdade dos cônjuges. Sendo a criança um investimento a longo prazo, é dificilmente compatível com um casamento a curto prazo, este mesmo incompatível com uma verdadeira comunhão vida que é o quadro e a fonte da procriação. Caminhar-se-á para os bebés-proveta do «Admirável mundo novo»?

A contemporânea instabilidade da família aparece, pois, como uma ameaça à capacidade de esta continuar a assegurar as suas funções sociais. O apregoado «fim da família» afigura-se coincidente com o «fim da sociedade».

Mas não será esta uma visão pessimista? ... A crise da família não será, antes, contemporânea do reencontrar, por esta, da sua verdadeira estrutura e da sua real função, o serviço do ser humano, a comunhão entre um homem e uma mulher iguais, necessariamente criativa de filhos consubstanciação do amor dos pais? Crise de crescimento em vez de morte por velhice, creio. Os «bons velhos tempos» não estarão no futuro? No reviver do casamento, união de pessoas, gerador da «carne única» em que se tornam os cônjuges?

Bibliografia fundamental:

- Peter Laslett, *O mundo que nós perdemos*, trad. port. Lisboa, 1975; C. L. Powell, *English Domestic relations, 1487-1653*, New York, 1917; Philippe Ariès, *L'Enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*, Paris, 1960; E. Shorter, *Naissance de la famille moderne*, trad. fr., Paris, 1977; G. Ambrosetti, *Diritto naturale cristiano. Lineamenti storici*, Roma, 1964; Pillet (ed.) *Les fondateurs de droit international*, Paris, 1904; N. Bobbio, *Il diritto naturale nel secolo XVIII*, Torino, 1947; H. Conrad, «Die Rechtsstellung der Ehefrau in der Privatrechtsentwicklung der Aufklärungszeit», *Fest. G. Kallen*, 1957; A. Dufour, *Le mariage dans l'école allemande du droit naturel moderne au XVIIIème siècle*, Paris, 1972; M. Weber, *Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung*, Tübingen, 1907.

VI LIÇÃO

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DA FAMÍLIA

INTRODUÇÃO

Percorrendo os princípios constitucionais da família no Direito português, verifica-se que a Constituição da República acolheu a maioria daqueles que hoje são propugnados nos países que podem servir de exemplo, pelos legisladores constitucionais, pelas doutrinas e pelas jurisprudências. Tendo-os acolhido, aliás, com uma flexibilidade que permite ir adaptando as normas subordinadas à evolução social.

Os princípios constitucionais do Direito da Família podem dividir-se em dois grandes grupos: um, compreende a protecção dos Direitos da pessoa humana no sentido tradicional; a protecção do ser humano, enquanto tal, não desaparece pelo facto de este se encontrar integrado numa unidade familiar: sob certa óptica necessita, mesmo, de ser acentuada, dada a maior proximidade de outras pessoas que a podem pôr em risco; embora, seguramente, o ambiente familiar seja o quadro ideal, em condições normais, para a realização e expansão da pessoa humana.

Estes direitos da pessoa em sentido tradicional garantem a cada cidadão uma esfera de liberdade, um espaço protegido contra a intervenção dos outros, de modo a permitir-se a existência e livre desenvolvimento da personalidade do seu titular.

Mas, além destes, a Constituição garante um certo número de «direitos da família»: no sentido de os membros de um agregado familiar, enquanto tais, terem certos direitos perante o Estado, normalmente de carácter económico.

No primeiro grupo, *direitos de ser humano*, encontramos os seguintes: direito à celebração do casamento; direito a constituir família; competência da lei civil para regular os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, independentemente da forma de celebração; admissibilidade do divórcio para quaisquer casamentos; igualdade dos cônjuges quanto à sua capacidade civil e à manutenção e

educação dos filhos; atribuição aos pais do poder/dever de educação dos filhos; inseparabilidade dos filhos dos seus progenitores; não discriminação entre filhos nascidos no casamento e fora do casamento.

No segundo grupo, *direitos do ser humano* (perante outrem) deparam-se: o princípio da protecção da família; da protecção da paternidade e da maternidade; e da protecção da infância.

Nesta matéria, existem graves lacunas a nível da legislação ordinária. Devido estar preocupado com a sucessiva desagregação da família e com a queda da natalidade, o legislador português prevê escassíssimas medidas de protecção à família, seja qual for o campo que consideremos: tributário, da segurança social, financeiro etc. Em termos de violar sistematicamente o dever de *justiça* de compensar os pesados encargos económicos da maternidade, da paternidade, etc.

1 – DIREITOS DE SER HUMANO (DIREITOS DA PESSOA NO SENTIDO TRADICIONAL)

1.1 – Direito à celebração do casamento

Este princípio está expresso no art. 36.º, n.º 1, 2.ª parte, da Constituição da República. Deve ser entendido nos termos do art. 16.º, n.º 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que atribui aos nubentes o direito de casar e de constituir família «sem restrição alguma de raça, nacionalidade ou religião». Assim, seriam inconstitucionais, não só as normas que estabelecessem impedimentos fundados na raça, na religião ou na nacionalidade dos nubentes, como também aquelas que discriminassem os cidadãos, em termos de proibirem o casamento de pessoas que desempenhassem certas funções, sem autorização dos respectivos superiores; que exigissem o celibato dos interessados como condição de acesso a funções públicas; etc.

Não impede a norma constitucional que se estabeleçam impedimentos fundados em interesses públicos fundamentais, como o faz a lei ordinária portuguesa, em matéria de idade, por exemplo.

Caberia aqui discutir em que medida é que seria inconstitucional o estabelecimento de impedimentos baseados em doenças transmissíveis ao outro cônjuge ou por herança. Mesmo que se provasse que os nubentes não tinham intenção de constituir família, no sentido de que não pretendiam procriar. Trata-se de assunto discutido vivamente pela doutrina em múltiplos países e que tem encontrado soluções diversas.

O direito à celebração do casamento refere-se, necessariamente, ao casamento reconhecido pelo Estado. Com efeito, em certas épocas históricas houve grupos de pessoas, normalmente definidos através da sua religião, que se viam impossibilitados de celebrar o casamento reconhecido pelo Estado; estariam reduzidos à situação de concubinos

e os seus filhos à ilegitimidade. Foi o caso em França, quanto aos protestantes (sobretudo calvinistas) depois da revogação do Editto de Nantes. Como o único casamento reconhecido era o casamento católico, e os protestantes não o podiam e não o queriam celebrar, durante largos períodos viram-se remetidos para uma situação de marginalidade imposta pelo não reconhecimento dos seus casamentos.

Foi, aliás, a situação normal em muitos países europeus até fins do século XVIII ou século XIX, em que só era reconhecido um tipo de casamento religioso (católico, ortodoxo, etc.), estando os que professassem outra religião impedidos de se casar com efeitos civis.

Era o que se passava em Portugal até que o Código Civil de 1867 veio consagrar o casamento civil.

1.2 – Direito de constituir família

Esta norma, consagrada no art. 36.º, n.º 1, 1.ª parte, tem sido objecto de algum debate quanto à sua interpretação.

Considerada em si mesma, a afirmação do Direito a constituir família significaria tão só, e já é muito, que qualquer pessoa tem o Direito de procriar. É este o sentido anglo-saxónico de «constituir família»; também corrente em diversas zonas de Portugal, na linguagem popular. Em si mesma, esta expressão não significaria necessariamente qualquer opção a favor ou contra a família não fundada no casamento. O art. 36.º, n.º 1, poder-se-ia interpretar facilmente no sentido de qualquer pessoa ter Direito a casar-se, a constituir família *fundada no casamento*.

Contudo, a separação entre as duas expressões e, sobretudo, a colocação da constituição da família antes da celebração do casamento, significa uma independência entre os dois princípios, em termos de o Direito a procriar ser reconhecido independentemente de se enquadrar ou não no casamento.

Também, os princípios constitucionais, que veremos a seguir, da protecção da adopção e, sobretudo, da igualdade entre os filhos nascidos do casamento e fora do casamento, não permitem que se reduza a «família» aos filhos nascidos do casamento.

O art. 12.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o art. 16.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, ao estabe-

lecerem o direito de casar e de constituir família, invertem os termos do art. 36.º, n.º 1, da Constituição. Apontam mais claramente no sentido de a constituição da família ser o efeito normal do casamento, reduzindo-a à situação no interior deste. Contudo, outras disposições dos mesmos diplomas, ao garantirem a protecção aos filhos mesmo nascidos fora do casamento, também retiram ao casamento o carácter de fonte exclusiva de procriação «legítima». Nestes termos, não servirá para interpretar, em sentido contrário ao que indicámos, o art. 36.º, n.º 1, da Constituição portuguesa.

1.3 – Competência da lei civil para regular os requisitos e os efeitos do casamento e a sua dissolução, independentemente da forma de celebração

A norma consagrada no art. 36.º, n.º 2, da Constituição visa, sobretudo, retirar ao Direito canónico a competência para regular as matérias aí previstas.

Integrá-mo-la nesta secção dos Direitos de *ser humano*, na medida em que o seu objectivo de princípio é assegurar a igualdade de todos os cidadãos perante a lei, aplicando-lhes o mesmo estatuto, necessariamente o Direito civil.

Algumas dúvidas tem levantado o art. 1625.º do Código Civil quanto à sua constitucionalidade, na medida em que reserva para o Direito canónico os problemas relativos ao consentimento (divergências entre a vontade e a declaração, vícios de vontade, etc.), que passam, portanto, a ser apreciados pelos tribunais eclesiásticos.

Este preceito reproduz o primeiro parágrafo do art. 25.º da Concordata de 1940 que o art. 2.º do respectivo «Protocolo Adicional», de 15 de Fevereiro de 1975, expressamente considerou em vigor. Há aqui, pois, uma aparente contrariedade, entre o disposto no n.º 2 do art. 36.º da Constituição e o art. 1625.º do Código Civil que à primeira vista só se pode resolver pela inconstitucionalidade deste último.

Contudo, a doutrina tem-se inclinado maioritariamente no sentido da constitucionalidade do art. 1625.º (Antunes Varela e Pereira Coelho).

Não se diga, a favor da constitucionalidade do art. 1625.º, que está apoiado numa norma convencional internacional. Com efeito, as

normas constitucionais contrárias põem em causa a vigência das normas convencionais.

Contudo, de entender que a Constituição da República respeitou a norma constante daquele artigo.

O Protocolo Adicional à Concordata de 1940, ao declarar expressamente em vigor o art. 25.º, 1.º parágrafo, da Concordata, é muito pouco anterior à Constituição de 1976. É de presumir que os constituintes tenham tido consciência da existência dessa norma e que não tenham querido derogar unilateralmente uma regra tão importante para as relações entre o Estado Português e a Santa Sé e para o contexto social português. É, assim, de aceitar que o primeiro parágrafo do art. 25.º da Concordata de 1940 e, através dele, o art. 1625.º do Código Civil, se mantêm em vigor, mesmo na vigência da Constituição de 1976.

Sublinho que não está em causa a celebração canónica do casamento com efeitos civis. O direito canónico em matéria matrimonial é muito rigoroso e profundo, mais do que o Direito Civil. Oferece todas as garantias quanto à forma e à substância do casamento. Pelo que atribuir efeitos civis à cerimónia católica, parece simples medida de bom senso, a propiciar economia de meios. Evitam-se duas cerimónias, com custos elevados para o Estado e os cidadãos.

1.4 – Admissibilidade do divórcio para quaisquer casamentos

O art. 36.º, n.º 2, da Constituição da República, ao estabelecer que a lei regula os requisitos e os efeitos da dissolução do casamento por divórcio, independentemente da forma de celebração, tem um duplo sentido.

O primeiro é o de garantir a igualdade de todos os cidadãos, independentemente da forma de celebração do casamento, quanto ao divórcio. Seria inconstitucional uma norma que excluísse o divórcio para uma qualquer modalidade de casamento, inclusive o católico, como sucedia até ao Protocolo Adicional de 1975 à Concordata de 1940. O outro sentido é o da admissibilidade do divórcio para qualquer casamento. Consagra-se aqui um verdadeiro *direito ao divórcio* dos cônjuges.

Existem alguns ordenamentos jurídicos onde, pelo menos, a doutrina propende a ver reconhecido um direito ao divórcio, no sentido de

que qualquer cônjuge tem o direito a divorciar-se desde que entenda que o casamento já não satisfaz os seus interesses. Embora não se afaste a intervenção do Estado quanto à fixação de requisitos mínimos, nomeadamente um período mínimo de separação de facto, como prova da seriedade da situação, e se aceite a intervenção do tribunal no «reconhecimento» do divórcio.

Não parece ser este o sentido do n.º 2 do art. 36.º. Este permitirá que a lei fixe livremente os requisitos do divórcio, restringindo este. Embora restrições demasiadas, no sentido, nomeadamente, do regresso ao divórcio-sancção com pressupostos muito limitados, possam ser inconstitucionais.

1.5 – Igualdade dos cônjuges quanto à sua capacidade civil e à manutenção e educação dos filhos

O n.º 3 do art. 36.º da Constituição da República consagra a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges quanto à sua capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos. Vem na esteira do princípio da igualdade estabelecido no art. 13.º da Constituição.

A construção tradicional da família assentava no marido, como seu chefe, tendo por isso um poder sobre a mulher (poder marital), e sobre os filhos (poder paternal). Das suas raízes históricas e das suas consequências já dei conta.

O princípio da superioridade do marido encontrou, ainda, fortes ecos no Código Civil de 1976. Assim o marido tinha o poder marital, o poder de proibir a mulher de exercer o comércio sem o seu consentimento, pertencendo-lhe a administração, em princípio, de todos os bens do casal, etc. Exercia, quase em exclusividade, o poder paternal, tendo a mulher unicamente o direito de «ser ouvida». Hoje, em virtude do princípio da igualdade dos cônjuges, não só a mulher não se encontra subordinada ao marido, como exerce em plena igualdade (jurídica) com este a administração e os poderes de disposição dos seus bens, podendo exercer qualquer actividade em livre autonomia e pertencendo-lhe, juntamente com o marido, o poder paternal.

1.6 – Atribuição aos pais do poder-dever de educação dos filhos e inseparabilidade dos filhos dos seus progenitores

A atribuição aos pais do poder-dever de educação dos filhos vem consagrada no n.º 5 do art. 36.º da Constituição da República. Também aí vem prevista a inseparabilidade dos filhos dos seus progenitores. Trata-se de dois princípios que têm de ser compreendidos em íntima conexão, por se completarem um ao outro. Deles resulta que a educação dos filhos – e por educação compreende-se a sua manutenção física, a sua educação espiritual, a transmissão dos conhecimentos e técnicas, a coabitação com os pais – é pertença dos pais. Este poder-dever dos pais só lhes pode ser retirado por decisão judicial, sempre que se verifiquem as condições previstas no art. 1915.º, n.º 1, do Código Civil que estudaremos mais tarde.

Trata-se de um Direito de personalidade dos pais, de *ser* pai, pois só em contacto com os filhos, na convivência quotidiana, no exercício do seu poder-dever de educação, com âmbito que lhe atribuí, eles encontrarão um quadro ideal para o desenvolvimento da personalidade. Por outro lado, o mesmo se diga quanto aos filhos: só educados pelos seus pais, em contacto com estes, em verdadeira comunhão de vida com eles, poderão sociabilizar-se completamente e ter a sua personalidade completamente formada.

É dos mais antigos «princípios constitucionais» do Direito da família que se deve considerar de Direito natural.

1.7 – Não discriminação entre filhos nascidos no casamento e fora do casamento

O art. 36.º, n.º 4, da Constituição da República proíbe a discriminação em relação aos filhos nascidos fora do casamento.

Na sua vertente formal, o princípio proíbe o uso de designações discriminatórias, como as de «filho ilegítimo», «natural», etc., ou quaisquer outras que não se limitem a mencionar o puro facto do nascimento fora do casamento dos progenitores (Pereira Coelho). Nada mais se poderá indicar em qualquer documento oficial do que o facto de ambos os pais, ou um deles, serem solteiros, no momento do nascimento do filho.

Sob o ponto de vista material, também se não permite qualquer discriminação: não poderá criar-se para os filhos nascidos fora do casamento um estatuto de inferioridade em relação aos outros que não decorra de insuperáveis motivos derivados do próprio facto do nascimento fora do casamento. Assim, é natural que se atribua à mãe, em princípio, o exercício do poder paternal relativamente ao filho nascido fora do casamento. Também a presunção «*pater is est*» (art. 1826.º, n.º 1, do Código Civil) só vale, naturalmente, em relação aos filhos nascidos do casamento.

A norma constitucional levou, nomeadamente, à revogação das regras de direito civil que atribuíam melhores Direitos sucessórios aos filhos «legítimos» em relação aos «ilegítimos», ou que limitavam o reconhecimento de certas categorias de filhos «ilegítimos».

Esta norma está integrada, tal como os princípios que vou enunciar seguidamente, no Capítulo II («Direitos e Deveres Sociais»), Título III («Direitos Económicos, Sociais e Culturais») da Parte I («Direitos e Deveres Fundamentais») da Constituição da República. Não tem pois a força jurídica que o art. 18.º confere aos preceitos repetantes aos Direitos Liberdades e Garantias (em sentido tradicional), não sendo de aplicação imediata. Tem um carácter «programático», com tudo o que isto significa.

2.3 – Protecção da paternidade e da maternidade

O art. 68.º da Constituição, ao considerar a paternidade e a maternidade «valores sociais eminentes», concede aos pais e às mães, sejam ou não unidos pelo matrimónio, um Direito à protecção da sociedade e do Estado na realização da sua acção em relação aos filhos, nomeadamente quanto à educação destes, garantindo-lhes a realização profissional e a participação na vida cívica do país. As mulheres trabalhadoras têm Direito a especial protecção durante a gravidez e após o parto, incluindo a dispensa de trabalho por período adequado, sem perda da retribuição ou de quaisquer regalias.

Não confundir este princípio, que visa a protecção dos pais e mães, com o seguinte que visa directamente a protecção dos filhos.

Os pais e as mães desempenham, no momento da geração e da educação dos filhos, uma tarefa do mais profundo interesse social. Esta tarefa representa um pesado encargo, tanto para a mãe como para o pai; talvez mais para a primeira, sobretudo durante os primeiros anos de vida dos filhos, em que estes precisam de particulares cuidados. Para que as mães e os pais, para além da natural satisfação dos seus estados, e da realização pessoal que estes representam, não sofram prejuízos que afectem as suas carreiras e a sua vida pessoal e profissional e, portanto o interesse social, e não se sintam desmoralizados em prosseguir nesta tarefa de maior interesse social, o art. 68.º garante-lhes por parte do Estado uma particular protecção. Atribuindo, desde logo, às mulheres trabalhadoras dispensa do trabalho pelo período adequado durante a gravidez e após o parto, sem perda de retribuição ou de quaisquer regalias.

2 – DIREITOS DOS MEMBROS DA FAMÍLIA PERANTE O ESTADO

2.1 – Protecção da adopção

Esta norma foi introduzida pela revisão de 1982 que acrescentou ao art. 36.º da Constituição da República o actual n.º 7. Impedirá alterações da legislação ordinária que diminuam, sem se invocar um interesse público fundamental, os Direitos dos adoptados, os deveres dos adoptantes, ou restringiria demasiadamente, também sem justificação bastante, os requisitos da adopção. Por maioria de razão, essa norma proibirá o desaparecimento do instituto da adopção do Direito Civil português.

2.2 – Protecção da família

A norma do art. 67.º da Constituição da República compreende não só a família conjugal, como a natural e a adoptiva.

Ao falar-se de família natural não se está a compreender neste conceito a relação entre concubinos, entre pessoas que vivam como casadas sem o estar. Já tivemos ocasião de referir que a relação de concubinato não é casamento, não cria laços familiares entre os concubinos, que são livres de se casarem e portanto de constituírem esses laços se assim o entenderem. Não convirá, repetimos, assimilar, quanto aos efeitos jurídicos, a relação de concubinato ou casamento, «casando» os concubinos, pois isto constituiria uma verdadeira violação dos seus Direitos: uma pessoa é livre de se casar mas não é obrigada a fazê-lo. A família «natural» é constituída pelos filhos e pelo progenitor biológico. É uma família unilinear.

A Constituição portuguesa não vai tão longe como algumas constituições, como, por exemplo, a Constituição brasileira que fixa desde logo o período de dispensa a que a mãe tem direito.

A legislação ordinária portuguesa nesta matéria é particularmente escassa, poucas regalias concedendo aos pais e às mães, para minorar os pesados encargos de toda a ordem que a procriação e a educação dos filhos representam. Há aqui sérias lacunas legislativas.

2.4 – Protecção da infância

Na esteira dos princípios que temos vindo a anunciar, o art. 69.º da Constituição da República, atribui às crianças um Direito à protecção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral. O n.º 2 concede-lhes uma especial protecção da sociedade e do Estado contra todas as formas de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade da família e demais instituições.

3 – OUTROS DIREITOS CONSTITUCIONAIS?

Cabe perguntar se para além dos direitos expressamente previstos na Constituição, não haveria outros que aí se deveriam incluir, ou que temos de considerar inseridos na Constituição «material».

Quanto aos primeiros, já referi a possibilidade de se vir a prever um *direito* ao divórcio. Entendido em termos de qualquer cônjuge, crendo que o casamento já não satisfaz os seus interesses, poder dissolvê-lo unilateralmente, observados os requisitos necessários para que se apreciar da consistência desta decisão. Julgo, porém, que a liberdade de um dos cônjuges se divorciar deve ser sempre temperada rigorosamente com a sua responsabilidade perante o outro e perante o agregado familiar.

Deixo, contudo, esta observação como mera hipótese de trabalho.

Um direito que propendo a considerar incluído na Constituição «material», e que julgo que devia ser inserido na Constituição «formal», é o *direito a ter pai e mãe*.

Concebo este direito como o que assiste a qualquer pessoa de conhecer a sua paternidade e maternidade biológicas, e ser assistido pelos seus progenitores naturais.

Este direito já é consagrado, em parte, através da proibição da discriminação dos filhos nascidos fora do casamento, assim como da atribuição aos pais do poder-dever de educação dos filhos. Assim, os filhos terão o direito de usar dos meios processuais convenientes para determinar o seu pai e a sua mãe biológicos, que se transformarão «*ipso facto*», no seu pai e na sua mãe jurídicos.

Há, contudo, alguns pontos que parecem não resultar com a necessária evidência dos princípios enunciados.

Um deles, é o direito do adoptado de conhecer os seus pais biológicos. E, mais do que este conhecimento, de, «separando-se» dos

seus pais adotivos, restabelecem as ligações jurídicas com os seus pais naturais.

Há outras situações que não parecem previstas no texto constitucional, não resultando dos princípios enunciados. Um deles é o de a criança nascida de inseminação artificial ter direito a conhecer o dador do esperma, ou do óvulo. Este direito levará, necessariamente, à proibição da doação anónima de células destinadas à inseminação.

Neste contexto temos de incluir o dever de a mãe (ou, eventualmente, do pai) de revelar, se o souber, o nome do outro progenitor.

Bibliografia fundamental:

F. M. Pereira Coelho, *Direito da Família* (policop.), Coimbra, 1986, pág. 63-85; id., «Casamento e família no Direito português», *Temas de Direito da família*, 1986, pág. 3 e segs.

VII LIÇÃO

FONTES DO DIREITO DA FAMÍLIA

INTRODUÇÃO

Nas fontes do Direito da Família há que distinguir, já o disse, as fontes do Direito Civil e as fontes do Direito não civil, assumindo estas uma importância crescente.

Na exposição que se segue referir-me-ei só às fontes do Direito Civil, ou aos diplomas que contêm normas de interesse directo para o Direito Civil, como sejam, a Constituição da República e diversas Convenções internacionais. Farei, porém, uma breve menção às fontes não civis do Direito da Família, a título meramente indicativo da sua importância no contexto do Direito da Família.

I - A LEI

1.1 - A Constituição da República Portuguesa

A Constituição da República Portuguesa, bem como as constituições da generalidade dos países que podem servir de exemplo, contém abundante e, por vezes, minuciosa regulamentação pertinente ao Direito da Família.

Este interesse do legislador constitucional resulta de diversas razões.

A primeira, estará nas funções do maior interesse público, vitais para a colectividade, que a família continua a exercer. Abandonado o Direito público da família, a favor do Direito civil da família, de carácter privado e contratualístico, certos princípios fundamentais transitaram para o Direito constitucional que passou a ser o refúgio das normas imperativas em matéria de criação e funcionamento das relações familiares.

Por outro lado, o legislador constitucional quis assegurar a formação de um novo Direito da família. Enquanto que, tradicionalmente, a família era dominada por princípios de hierarquia e tradição, hoje é considerada um espaço diferente particularmente apto a promover a realização de certos aspectos da personalidade humana; mas em que os direitos da pessoa, nomeadamente o direito à igualdade, o direito à liberdade, etc., devem ser assegurados. Diversos princípios da Constituição visam precisamente assegurar que, no seio da família, sejam respeitados e promovidos os direitos da pessoa de cada um dos seus membros.

Note-se que na Constituição não se encontram unicamente normas referentes ao Direito Civil da família. Também estão presentes normas do maior significado no Direito não civil da família, nomeada-

mente em matéria de Direito Fiscal. Como a norma (art. 106.º) que estabelece a tributação por agregado familiar, ao prever que a carga fiscal leve em conta os rendimentos e as necessidades da família. Outros artigos referem-se ao Direito à habitação, ao Direito à educação, etc., com uma carga significativa claramente familiar.

Voltando ao Direito constitucional da família em matéria tributária, gostaria de acentuar a sua importância.

Até 1980, para efeitos fiscais, a família aparecia como um agregado submetido a um chefe, o marido (art. 4.º, parágrafo único, do Código de Imposto Complementar). Os rendimentos do marido, da mulher e dos outros membros da família descritos no art. 4.º (filhos, adoptados e enteados, menores, não emancipados ou que sejam incapazes para o trabalho e para angariar meios de subsistência, que não tenham rendimentos ou que, tendo-os, a administração pertença no todo ou em parte, ao chefe da família ou ao outro cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens) eram atribuídos ao «chefe da família». A própria declaração dos rendimentos do agregado familiar era feita pelo referido chefe (art. 11.º, parágrafo 1.º).

Deste modo, a mulher casada e não separada judicialmente de pessoas e bens, perdía a sua personalidade jurídica para efeitos do imposto complementar. Todos os seus rendimentos eram imputados ao marido. O mesmo sucedia com os rendimentos dos bens dos filhos, cuja administração lhe pertencesse.

Não era sequer o agregado familiar o sujeito passivo do imposto. Era, sim, o marido como chefe da família, que via recair sobre si o lado passivo da obrigação do imposto, por lhe serem atribuídos, pela ficção legal do art. 7.º, todos os rendimentos da família. Também no capítulo das deduções, a mulher casada era vista pelo Código do Imposto Complementar como uma menor (que nunca deixaria de o ser): era considerada como um encargo para o marido, encargo levado em conta através de uma dedução ao rendimento do chefe da família. A situação de chefe da família atribuída ao marido, e assente nos aspectos fundamentais que acabo de descrever, era nitidamente inconstitucional. Contrariava os princípios constitucionais da igualdade dos cidadãos perante a lei (art. 13.º, 1), da não discriminação com base no sexo (art. 13.º, 2), e da igualdade dos cônjuges (art. 36.º). Princípios que, aliás, já tinham encontrado consagração na lei civil através da reforma do Código Civil de 1977.

Mas também contrariava, pelas consequências de carácter económico a que levava, um princípio de Direito constitucional não civil da família: o referido artigo que manda medir a carga fiscal sobre a família, pelos seus rendimentos e pelas suas necessidades.

Se a taxa fosse proporcional e as deduções uniformes, a selecção do sujeito fiscal não teria importância. Mas sendo as deduções variáveis e as taxas progressivas, o cúmulo dos rendimentos do agregado familiar representa um encargo fiscal superior ao que resultaria da tributação separada dos rendimentos nas mãos dos seus diversos titulares. Assim, a soma dos impostos pagos pelos contribuintes tributados separadamente (por exemplo solteiros) atingiam o montante inferior àquele que pagariam dois contribuintes casados com rendimentos globalmente iguais aos dos anteriores.

Exemplifiquemos com base no Direito tributário de 1979. Dois contribuintes solteiros, cada um com um rendimento global líquido de quinhentos e setenta contos, pagariam em conjunto cento e quarenta e seis contos de imposto complementar. Mas, após o seu matrimónio, o imposto devido passaria a ser de duzentos e cinquenta e três contos, cerca de duas vezes e meia a soma anterior. Ou seja: o seu casamento custava-lhes cerca de 19% do respectivo rendimento global. Por outras palavras: o casamento destes contribuintes eram tributado com um imposto a uma taxa de 19% sobre o rendimento global.

O casamento em si mesmo aparecia como facto tributário.

A situação de chefe de família do marido foi corrigida ainda em 1980, em atenção ao princípio constitucional de igualdade dos cônjuges.

A sobrecarga que recaía sobre o casal e sobre a família pelo facto do casamento, tem vindo a ser sucessivamente corrigida com base no imperativo do art. 106.º da Constituição, até que hoje se alcançou um regime jurídico que parece minimamente aceitável. Leva este regime à repartição dos rendimentos da família pelos dois cônjuges, sendo tributados a taxas separadas, naturalmente inferiores às que recairiam se tivesse sido mantido o velho cúmulo.

1.2 – Convenções internacionais

Das convenções internacionais em matéria de Direito da Família a mais significativa é a Concordata entre o Estado Português e a Santa Sé.

que contém uma secção consagrada aos crimes contra a família: bem como o Código de Processo Civil, onde numerosas disposições são de relevante interesse para o Direito da Família.

Quanto às fontes de Direito não civil da família, numerosas normas de Direito fiscal sobretudo em sede de imposto sobre o rendimento das pessoas singulares, mas também no imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas (pequenas explorações familiares), têm interesse significativo para o Direito da Família. Bastará lembrar que uma excessiva carga fiscal sobre a família poderá dissuadir, como já dissuadiu em Portugal, as pessoas de contrair matrimónio. Bem como insuficientes isenções e abatimentos a levarem em conta a existência de filhos (o seu nascimento, a sua educação, os cuidados com a sua saúde, etc.) poderão representar um contra-incentivo à procriação. Ou, pelo menos, não permitirão que a família desempenhe a sua função de educação dos filhos nos termos mais convenientes.

No Direito da segurança social também múltiplas normas têm significado para a família, prevendo subsídios contemporâneos de algumas das fases de crise ou de sobrecarga da vida familiar.

Como já disse há uma forte tendência para aumentar as normas não civis do Direito da Família, à medida que as funções desta vão sendo transferidas para a sociedade e para o Estado.

de 7 de Maio de 1940, confirmada e ratificada em 1 de Junho e publicada no Diário do Governo de 10 de Junho do mesmo ano. Esta Concordata tem um Protocolo Adicional de 15 de Fevereiro de 1975, que modificou a redacção do art. 24.º. A Concordata ainda hoje é do maior significado no Direito da Família português, reconhecendo-se por força dela efeitos jurídicos, de Direito Civil, aos casamentos celebrados sob a forma canónica, e reservando-se aos tribunais e repartições eclesásticas competência exclusiva para apreciar da validade destes casamentos.

Diversas convenções em matéria de Direitos humanos contêm normas que dizem respeito ao Direito da Família. Fixando, sobretudo o Direito a contrair casamento e a constituir família, a igualdade dos cônjuges, a protecção aos filhos nascidos fora do casamento, etc. Isto para além de outras normas de carácter «programático», como sejam as da protecção da família, da filiação, etc. Salientarei a Declaração Universal dos Direitos do Homem, bem como a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. É de salientar que, devendo ser a Constituição da República portuguesa interpretada de acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, esta reveste uma importância muito especial.

Para além das convenções indicadas há outras que dizem respeito principal ou exclusivamente a matéria de Direito da Família.

1.3 – Código Civil

O Código Civil merece destaque por constituir a principal fonte de Direito da Família (Direito Civil). O Livro IV arts. 1576.º a 2020.º, do Código ocupa-se exclusivamente do Direito da Família. A redacção de 1966 foi alterada em alguns aspectos, nomeadamente na medida necessária para a pôr de acordo com a Constituição de 1976, pela reforma de 1977 (Decreto-Lei 496/77, de 25 de Novembro, aprovado no uso de autorização legislativa concedida ao Governo pela Assembleia da República – Lei 53/77 de 26 de Junho).

1.4 – As outras fontes do Direito da Família

Das outras fontes do Direito da Família destacarei o Código de Registo Civil, a Organização Tutelar de Menores, e o Código Penal

impulsionada pela evolução social, que terá aberto o caminho para o encurtamento cada vez maior dos prazos da separação de facto como requisito do divórcio?... Em termos de, quando um dos cônjuges entende que o casamento já não satisfaz os seus interesses, separando-se do outro, o Juiz decretar o divórcio quando decorreu um prazo suficiente, embora não necessariamente o legal, de separação de facto?! Não será a jurisprudência, sobretudo anglo-saxónica (em que o marido e a mulher aparecem como dois indivíduos independentes, ligados só pelos nexos transitórios que eles quiserem) que, aprofundando o dever de respeito, permite o divórcio por causas que nos parecem ainda tão «estranhas» como a incompatibilidade de feitios, a impossibilidade de viverem juntos, etc.?... Verdadeiras causas de divórcio-remédio, dificilmente definíveis a não ser pelo trabalho longo, constante e adaptado da jurisprudência... Não terá sido a jurisprudência que, sensatamente, tem vindo a decretar o divórcio, quando um dos cônjuges o pede, alegando que não pode obrigar uma pessoa a estar casada contra sua vontade com outra? É certo que o Juiz intervém só nos momentos de crise, não para compor mas para desfazer. Mas nem por isso a sua acção, ao «curar» situações de grave crise pessoal e, portanto, social, é menos importante.

Há que sublinhar, porém, que os conceitos indeterminados que integram as normas de Direito da Família, e a dificuldade em um agente do Estado «penetrar» no seio da família, têm levado às maiores violências, aos mais graves arbítrios, às mais gritantes desigualdades que a jurisprudência de múltiplos Estados reflecte.

Haverá, aqui, nesta ordem de ideias, de substituir o tradicional «juiz togado» por «comissões de família» espelhando melhor, na sua composição, a movente realidade social, e arbitrando, não impondo.

O Doutor tem, em Direito da Família, um papel fundamental. O papel de actualização das normas, não só da «normalidade», como também as de «crises», é realizado pelo Doutor, através de uma função fundamentalmente prospectiva, prevendo a evolução, isolando os problemas normativos e criando as normas adequadas a esses problemas, recolhendo, corrigindo e sistematizando, se possível, as decisões da jurisprudência. Na generalidade dos países, tem sido o Doutor a abrir caminho à evolução do Direito da Família, ao auscultar as aspirações sociais, ao definir os problemas normativos e as normas que depois vão ser consagradas pelo legislador.

2 – O PAPEL DO JUIZ E DO DOUTOR

Parece contraditório referir o papel do Juiz no Direito da Família, quando sabemos hoje que o Direito da Família é constituído por normas imperfeitas, de sanção imperfeita. Perante a dificuldade da máquina estadual em penetrar no seio da família, zona privada que repele qualquer intervenção externa, parece que o papel do Juiz não poderá ir muito mais além do que o dos inquisidores no «Nome da Rosa», que, ao entrarem no convento, fizeram agudizar as tensões e causaram o incêndio da biblioteca e da Igreja. O tecido familiar será o resultado de um conjunto de boas vontades, de interesses satisfeitos incompatível com qualquer regulamentação externa, e, muito menos, com a intervenção do Juiz.

Parece certo que a intervenção do Juiz se deve limitar aos momentos de crise. O Direito da Família nos países continentais, Direito legislado, prevê as situações de normalidade, e parte delas para as situações de anormalidade, impossíveis de prever em toda a sua rica complexidade. Portanto o Juiz intervém nas situações de anormalidade, não para repôr a normalidade, mas sim para desfazer os laços, resolver as situações, dissolver os vínculos, amputar. Mas é aqui que a sua função pode ser, tem de ser, de extrema importância. Perante a rápida evolução social, que conduz a uma multiplicação de situações imprevisíveis escassos anos atrás, quando as leis foram elaboradas, terá de ser o Juiz a ir adaptando o «Direito» à riqueza das situações concretas. Nesta matéria, talvez mais do que em qualquer outra, o Direito não é o que foi escrito ou o que foi dito, não é o texto, não é a fonte, é o que se vai dizer e que, uma vez dito, dificilmente poderá servir de exemplo, dificilmente continuará a ser «Direito».

Poderíamos dar exemplos de múltiplos ordenamentos jurídicos recriados pelo Juiz. Não terá sido a jurisprudência anglo-saxónica,

Em matérias tão delicadas como a procriação assistida é corrente ver o legislador abandonar a pretensão de as regular, ao menos por algum tempo, e criar comissões de ética compostas por professores, médicos, etc. cuja função é, precisamente, dizer o Direito sobre os casos que lhes vão aparecendo, e sugerir, se o entenderem necessário, as normas a serem consagradas legislativamente.

Em Direito da Família podemos afirmar, sem receio, que as normas estão «em procriação assistida»: procriação pelo conjunto das famílias, assistidas (quantas vezes perturbadas e contrariadas) pelo Juiz e pelo Doutor.

Este papel também tem tido algum significado, embora reflexo, no Direito das Sucessões. Assim, o princípio da igualdade dos filhos nascidos do casamento e fora do casamento, reflectiu-se no Direito das Sucessões, garantindo aos filhos nascidos fora do casamento um tratamento idêntico aos outros. Do mesmo modo, a melhoria realizada na situação sucessória do cônjuge sobrevivente, hoje consagrada legislativamente, tem sido promovida, na generalidade dos países, sobretudo pela doutrina – aqui, em alguns casos, ao arpejo dos sentimentos sociais.

Bibliografia fundamental:

Pereira Coelho. *Direito da Família*, cit., pág. 85 e segs.

VIII LIÇÃO

CARACTERES DO DIREITO DA FAMÍLIA

I – DIREITO CIVIL OU DIREITO PÚBLICO: O NÚCLEO TRADICIONAL ESVAZIADO

O Direito da Família nasceu fora da «invenção» romana do Direito Civil. O «nosso» Direito da Família foi «inventado» nos sécs. XII e XIII, enraizado nos Evangelhos, enquadrado pelo Direito Canónico que não é Direito Civil. Não visava propriamente assegurar a composição de interesses particulares, mas antes garantir que as relações entre os particulares decorressem segundo uma ordem «pública» pré-suposta. Daí a sua integração, tanto no domínio pessoal como no domínio patrimonial, por numerosas normas imperativas. Normas, também já o vimos, assentes (interpretadas, integradas e aplicadas) na (pela) vontade do marido-chefe. O direito a Família reflectia, também já o disse, a ordem pública geral, também ela decorrente da vontade do príncipe.

À medida que as relações familiares se vão privatizando, visando «só» assegurar os interesses, a felicidade das partes, como estas quiserem, o Direito da Família (tradicional) reduz-se e conhece o aparecimento, a seu lado, de outras normas de Direito.

Os interesses patrimoniais dos cônjuges passam a estar largamente submetidos à sua auto-regulamentação, em termos idênticos aos da constituição de uma sociedade entre duas pessoas independentes. O princípio da liberdade das convenções ante-nupciais reflecte bem este ponto de vista. Algumas normas imperativas desta matéria destinam-se, sobretudo, a assegurar a igualdade entre os cônjuges, o equilíbrio dos seus interesses em alguns pontos fundamentais.

Vimos que florescem normas de direito público que querem assegurar a satisfação de necessidades dos membros da família que esta já não assegura, ou não pode satisfazer completamente.

Na cúpula, o Direito Constitucional parece visar, antes, a libertação dos membros da família dos constrangimentos tradicionais, a con-

solidação dos seus direitos individuais no seio do grupo familiar. O núcleo tradicional tem vindo a enfraquecer portanto. Não só na sua dimensão, como também na sua eficácia.

É constituído por normas imperativas, na sua maioria, é certo, o domínio das relações pessoais entre os cônjuges e entre os pais e os filhos. Mas, que normas imperativas!... Integrando, normalmente, conceitos gerais e indeterminados, o seu preenchimento depende das circunstâncias do caso, do meio social dos cônjuges, da zona em que habitam, da sua maneira de ser. De difícil interpretação e aplicação, deixam uma larga liberdade àqueles a quem pretende impor um comportamento. Depois, são largamente desprovidas de eficácia. A doutrina fala, nesta matéria, já o vimos, de normas imperfeitas, de sanção imperfeita. Com efeito, a violação dos deveres conjugais (do dever de respeito, do dever de fidelidade, do dever de coabitação, etc.), bem como a violação dos deveres dos pais para com os filhos, traduz-se, normalmente, só na supressão do vínculo em que eles assentavam, na «libertação do credor» (e, consequentemente, do «devedor»). A existência do seu cumprimento está deixada, necessariamente, às forças do credor, ao azar do equilíbrio de forças dentro do casal ou na família, sempre variável, e só por acaso conduzindo à solução mais justa, mais jurídica. Se é certo que a coação não é necessária para a existência das normas, mas tão só para a sua eficácia, as normas de Direito da Família referentes às relações pessoais entre os seus membros, aproximam-se muito das regras da moral dos costumes que, aliás, invadem progressivamente, também o vimos, a zona anteriormente reservada ao Direito.

2 - INSTITUCIONALISMO

É corrente na doutrina a afirmação de que o Direito da Família é um direito institucional: a família seria um organismo natural, dentro do qual existe um «direito», uma ordenação íntima, que lhe é própria e na qual o legislador não deve intervir. Pelo contrário, este deve limitar-se a reconhecer esse direito interno da família. Direito que tem vindo a fornecer o conteúdo das principais normas do direito «estadual», como as que impõem os direitos e os deveres pessoais.

Esta noção de institucionalismo familiar deve, porém, ser entendida em termos hábeis. Com ela não se deve querer reconstruir a ideia de que a família é uma instituição natural, com a sua ordem própria e imutável, «naturalmente» independente da lei do Estado. Ou que, entre família e sociedade, haveria necessariamente uma oposição, em termos de qualquer comunicação ser mortal para a família.

Pelo contrário: até ao século XIX (e ainda hoje nas zonas mais tradicionais, que são sobretudo as zonas rurais) a família era um grupo aberto. Aberto à interferência dos parentes mais afastados, mas também da comunidade em geral, dos centros de poder e de coerção organizada (que eram normalmente, centros religiosos). A família era socialmente organizada e disciplinada. Era um elemento da «ordem» pública e da estrutura social. A sociedade e o «Estado» eram constituídos por famílias. Só no séc. XIX se verifica a oposição entre a família e o Estado. Por um lado, a organização política deixa de assentar nas famílias. Por outro, estas privatizam-se, fecham-se, retiram-se da cena pública e da cena política. Só no séc. XIX passa a haver uma oposição entre a família, que continua a ser entendida e estruturada num modo radicalmente tradicional, e o Estado, que parece só conhecer indivíduos, e perante o qual, perante cuja dinâmica, a família tradicional, rigidamente estruturada e dominada, pode constituir um obstáculo e um adversário. Hoje, assim, tem sentido falar na família como uma

instituição, como um grupo portador do seu «direito», da sua ordem íntima, dificilmente penetrável e ordenável pela ordem externa e estranha do Estado. É a oposição entre o público e o privado. Oposição sujeita a flutuações, a evoluções, contingente. Hoje mais esbatida, pelo abrandamento dos «grilhões» familiares, que levou ao aparecimento, na cena, dos indivíduos – estes «conhecidos» do Estado.

3 – COEXISTÊNCIA, NA ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA, DE DIREITO ESTADUAL E DE DIREITO CANÔNICO NA DISCIPLINA DA RELAÇÃO MATRIMONIAL

A maioria dos casamentos celebrados em Portugal é celebrada segundo a forma canónica. Não se trata, porém, de uma simples forma, na medida em que dela resultam efeitos jurídicos de Direito Canónico reconhecidos pelo Direito Civil. Assim, já vimos que o conhecimento das causas referentes à nulidade do casamento católico e à dispensa do casamento rato e não consumado pertence aos tribunais e repartições eclesiásticas competentes. Há, assim, uma coexistência do Direito Canónico e do Direito Civil, vigorando o primeiro quanto à forma de certos casamentos e quanto a algumas das suas consequências.

4 - PERMEABILIDADE DO DIREITO DA FAMÍLIA ÀS TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS

O Direito da Família é particularmente influenciado, por comparação ao que sucede com outros ramos do direito, pelas evoluções políticas e sociais. Por um lado, as grandes alterações políticas traduzem-se, mais ou menos rapidamente, em alterações do Direito da Família, muitas vezes ao arripio do sentimento social.

Lembro que, com a instauração da República, entre as primeiras medidas tomadas situam-se as referentes à instauração do casamento civil obrigatório e do divórcio, concedido este através de pressupostos muito liberais. A Concordata entre Portugal e a Santa Sé, de 1940, tem de se entender como o resultado da evolução política iniciada em 1926. A revisão desta Concordata, no sentido de alargar a competência do Direito Civil e dos tribunais civis em matéria de direito matrimonial, sucede-se de perto às alterações políticas de 1974. Para além disto, nos últimos decénios a evolução social da família tem sido muito rápida. E tem sido acompanhada, mais ou menos de perto, por profundas alterações no Direito da Família, tanto no direito matrimonial e no direito da filiação, como no próprio direito patrimonial.

5 - AFECTAÇÃO DE CERTAS QUESTÕES DO DIREITO DA FAMÍLIA A TRIBUNAIS DE COMPETÊNCIA ESPECIALIZADA

A «especialidade» da ordem familiar levou a atribuir múltiplas questões do Direito da Família a tribunais especializados, os tribunais de família.

O legislador terá considerado aqui a existência de uma zona, radicalmente estranha ao Direito estadual, na qual só com particulares precauções e com profundos conhecimentos é possível penetrar. Nesta ordem de ideias, criou órgãos jurisdicionais de competência especializada, com juízes, em princípio particularmente treinados, que intervirão com a necessária delicadeza no domínio do Direito da Família. Tribunais que, reflectindo a ideia que acabo de enunciar, compreenderão um corpo de assessores, constituído por indivíduos com conhecimentos especializados em matéria de ciências do homem e ciências sociais, para constituírem uma ponte entre a frieza e a abstracção do direito escrito, e a cambiante realidade social.

Mas haverá que ir mais longe. Aos tribunais de família (por muito especializados e eficientes que sejam) haverá que substituir «comissões de família» visando promover, com os interessados, a auto-regulamentação dos seus interesses.

Bibliografia fundamental:

F. M. Pereira Coelho, *ob. cit.*, pág. 89-101.

IX LIÇÃO

CARACTERES DOS DIREITOS FAMILIARES

INTRODUÇÃO

Diversas características distinguem os direitos familiares dos restantes direitos civis, sobretudo dos direitos de carácter patrimonial.

A distinção faz-se entre os direitos familiares pessoais e os restantes direitos civis, aqui incluídos os direitos familiares patrimoniais. Pois estes últimos confundem-se com as relações obrigacionais ou reais normais, autónomas. O facto de se incluírem no direito da família, estarem na dependência dos seus estados, e serem influenciados pelo regime familiar, não lhes altera as suas características essenciais. Justificar-se-á o seu tratamento no âmbito do Direito da Família, em virtude das modificações que este introduz na sua dinâmica. Mas não se deverá ir mais longe, retirando-os completamente do quadro das relações obrigacionais e reais.

A distinção far-se-á, repito-o, entre os direitos familiares pessoais e os restantes direitos civis.

1 – OS DIREITOS FAMILIARES PESSOAIS COMO DIREITOS FUNCIONAIS

Os direitos familiares (pessoais) não são direitos subjectivos no sentido estrito, ou seja, direitos de exigir de outrem um certo comportamento no interesse do credor. São, antes, poderes-deveres, poderes funcionais. O titular do poder não o exerce no seu interesse mas, antes, ("também") no interesse do «sujeito passivo».

Isto não é novidade. Deve notar-se que os direitos familiares pessoais nunca foram, no nosso tipo de civilização, verdadeiros direitos subjectivos, tal como hoje os entendemos. Pelo menos quanto aos princípios fundamentais, nunca foram exercidos no interesse do «credor», mas no interesse alheio. O que variou historicamente foi a sua "prática" e o titular do interesse e o seu representante. Tradicionalmente, quem exercia os direitos familiares pessoais era o marido-pai-chefe da família; hoje, os poderes funcionais são exercidos por diversas pessoas, caracteristicamente pelo pai e pela mãe; houve, portanto, mudança de representante do interesse.

Mas a mudança mais significativa traduziu-se no titular do interesse. O titular do interesse era a família, grupo coeso, hierarquicamente organizado que se considerava titular de interesses específicos. Era com o pretexto do interesse da família, sobretudo do seu interesse patrimonial e do seu estatuto social e político, que o seu chefe, o pai, dirigia a vida da mulher (que não podia trabalhar sem sua autorização, fora do lar, pois neste, em princípio, satisfaria melhor os interesses da família); que administrava os bens da mulher, muitas vezes sustentáculo necessário da sobrevivência da família; que destinava a profissão dos filhos, a mais adequada para assegurar a sobrevivência económica do grupo, a administração dos bens da família e o funcionamento das unidades de produção familiares; que fixava o casamento dos filhos e

das filhas, de modo a obter novos elementos adequados para participarem na economia familiar, para a assegurarem o seu estatuto social e político; ou para obter para as filhas novas famílias que as pudessem manter no seu estatuto sócio-económico.

Hoje, com o abandono de importantes funções da família, sobretudo da sua função de produção económica, e com a perda de parte do seu significado como veículo de transmissão dos bens e do estatuto social, os membros da família libertaram-se dos «interesses» desta, passando a prosseguir «livremente» os seus interesses pessoais. Nesta medida, os direitos familiares pessoais, são exercidos, não em nome dos interesses da família, mas atendendo aos interesses de cada um dos seus membros. Caracteristicamente, ao educar os filhos, ao aconselhá-los nos passos mais importantes da sua vida, os pais estão (ou devem estar) a pensar nos interesses individuais daqueles. O único objectivo será o livre desenvolvimento da sua personalidade, de acordo com os princípios éticos que regem a colectividade e com as características específicas da pessoa em causa.

Convém que exista, e é natural que exista, aqui, uma coexistência de interesses entre o «sujeito activo» e o «sujeito passivo» do poder funcional. Os pais, ao sustentarem os filhos, ao educarem-nos, ao aconselharem-nos durante a sua existência, não só estão a satisfazer os interesses deste últimos, como também se estão a realizar enquanto pais. A vida familiar deverá prosseguir os interesses de todos, através de uma interacção complexa em que o «sujeito», por o ser, é também objecto. Em que se dá, para receber; se ama, para ser amado; se comunica com os outros, para se humanizar o próprio.

A autoridade transformou-se em serviço; a imposição em conselho; a satisfação dos interesses do grupo familiar, na realização de cada um dos seus membros. Cada membro da família é, naturalmente, um ser para os outros e com os outros.

2 – FRAGILIDADE DA GARANTIA

Já tive oportunidade, em lição anterior, de referir esta matéria. Vou desenvolvê-la um pouco mais.

É correcta a ideia de que a observância dos deveres familiares pessoais está tutelada por uma garantia mais frágil do que a dos deveres em geral. Esta ideia parece justa pelas seguintes razões.

Os deveres familiares pessoais (dever de respeito entre os cônjuges, dever de cooperação, etc.) não estão sujeitos à tutela mais consistente dos deveres jurídicos que é a possibilidade de o credor exigir do devedor o seu cumprimento e (ou) obter deste uma indemnização.

O cônjuge a quem o outro falte ao respeito (ou com quem o não coopere nas tarefas comuns da vida familiar, etc.) não pode dirigir-se ao tribunal para que a máquina de coacção estadual obrigue o faltoso a cumprir. Em virtude do princípio geral de que ninguém pode ser obrigado a um certo comportamento positivo; mas também pela circunstância de se tratar de deveres, de relações, de carácter tão íntimo, tão «privado», que é impossível forçar, de fora, a sua observância ou, mesmo, controlá-las adequadamente.

Este carácter de «privacidade» e de intimidade leva a que não se deva atribuir ao familiar «lesado» um direito à indemnização pelo não cumprimento dos deveres do outro. Só certos casos mais graves são sindicáveis do exterior, ficando os outros impunes. É o «direito» à liberdade e à prossecução da sua felicidade que assiste a cada um dos membros da família, e que não é limitado pelo facto de se pertencer ao grupo familiar, não permite impôr a nenhum deles a observância de comportamentos não desejados, contrários aos seus interesses.

Assim, perante casos graves de incumprimento dos deveres familiares, a única possibilidade que assiste ao lesado é dissolver o vínculo, de modo a não continuar a suportar violações dos seus interesses.

Isto não impede que, no caso de um dos membros da família praticar contra outro um acto que implique responsabilidade civil ou criminal – ou seja, um acto que, em si mesmo, independentemente do contexto «familiar» em que se situa, seja qualificável facto ilícito –, o faltoso esteja sujeito a responsabilidade civil e criminal perante o lesado. Assim, se o marido agredir fisicamente a mulher, não só está a violar o dever familiar de respeito – o que não envolverá a obrigação de indemnizar ou responsabilidade criminal – como também comete um (outro) facto, ilícito, criminalmente punido e envolvendo a obrigação de indemnizar. Agora, se a mulher cometer adultério, nenhuma obrigação de indemnizar terá para com o marido, nem incorrerá em responsabilidade criminal. Trata-se de um facto «danoso», é certo, mas que só o é em virtude da especial situação (familiar) em que um cônjuge se encontra perante o outro.

Sintetizando, direi que cada membro da família, pelo facto de estar integrado no grupo, não aliena os seus direitos de personalidade – quando muito estes estarão comprimidos enquanto o estado familiar durar – podendo em qualquer momento violar os seus deveres para com o outro; o que será seguramente anti-jurídico e anti-ético, mas que não desencadeia por si qualquer espécie de sanção para além da dissolução do vínculo ofendido.

3 – CARÁCTER DURADOURO DOS ESTADOS DE FAMÍLIA

Tem-se entendido que as relações de família são permanentes, perpétuas, ou têm vocação de perpetuidade. O casamento vigorará, em princípio, até à morte de um dos cônjuges, devendo considerar-se, em princípio, excepcional a dissolução do vínculo conjugal. O mesmo se diga, por exemplo, do estado de filho. Este carácter duradouro dá origem a verdadeiros «estados», a *situações* na existência, qualificadoras do seu sujeito.

Uma das características do carácter duradouro do Direito da Família é a de não se poderem pôr termos ou condições a essas relações.

4 - RELATIVIDADE

O CARÁCTER RELATIVO

Os direitos familiares pessoais são relativos: vinculam pessoas certas e determinadas, não projectando os seus efeitos em relação a terceiros. Assim, se um dos cônjuges mantiver relações adulterinas com terceiro, este não será responsável para com o cônjuge «lesado».

Há, contudo, situações em que as relações familiares se impõem a terceiros. O exemplo característico é o dos arts. 495.º, 3, e 496.º. No caso de um lesão de que proveio a morte, os familiares do lesado, que lhe podiam exigir alimentos, têm direito de pedir ao lesante indemnização pelos danos patrimoniais sofridos. E os familiares referidos no art. 496.º, 2, podem exigir indemnização pelos danos não patrimoniais que a morte do seu familiar lhes causou. Sobre esta matéria escreverei mais tarde, com maior desenvolvimento, no âmbito do Direito das Sucessões.

5 - TIPLICIDADE DOS DIREITOS FAMILIARES

Os direitos e negócios familiares estão sujeitos aos «*numerus clausus*», ao contrário do que sucede no Direito das Obrigações, em que vigora o princípio da liberdade contratual, não só quanto ao número dos negócios, como também quanto ao seu conteúdo. Em matéria de Direito da Família, não só se podem celebrar unicamente os negócios previstos na lei, como as relações familiares estão sujeitas, em princípio, a um conteúdo pré-fixado na lei.

Bibliografia fundamental:

F. M. Pereira Coelho. *ob. cit.*, pág. 103-115.

I PARTE

AS RELAÇÕES PESSOAIS NA FAMÍLIA

I

As relações pessoais dos cônjuges.
Constituição, modificação e extinção do estado de casado

X LIÇÃO

CONSTITUIÇÃO DA RELAÇÃO MATRIMONIAL
(O CASAMENTO COMO ACTO)

INTRODUÇÃO

Esta lição e a que se lhe segue visam precisar os traços essenciais da maneira de ser do casamento, tanto católico como civil.

O casamento civil tem, em Portugal como na generalidade dos ordenamentos jurídicos pertinentes à nossa civilização, as suas raízes inseridas no tronco do casamento católico. Do qual se tem vindo, embora, a desprender. Justifica-se, assim, que inicie a exposição com o casamento católico, para assinalar, depois, a propósito do casamento civil, o que o distingue do primeiro.

A

O CASAMENTO CATÓLICO

1 - O CASAMENTO CATÓLICO NUMA ANTROPOLOGIA ABERTA

O casamento católico integra-se na tradição cristã caracterizada por uma visão do ser humano que se situa no encontro entre a identidade de cada sujeito histórico e o seu limite transcendente, a diferença que o mede e transcende, na sempre redescoberta do Totalmente Outro, reconhecendo-se na infinita diferença qualitativa entre Deus e o mundo. Introduzindo, por esta via, na história a antropologia do absoluto que é, perante o outro, o soberano e a história; cuja Glória participa na vida quotidiana que se transforma, no amor de Deus e dos outros, em uma liturgia. Em aliança com o Eterno, o homem é artífice do seu próprio destino em comunhão com os outros, capaz de amar e de ser amado, num verdadeiro êxodo de si próprio sem possibilidade de regresso, em total abertura do seu espaço aos outros. Assim se cumpre o mandamento da Nova Aliança: "Amarás o Senhor Deus com todo o coração, com toda a alma e com toda a mente. Este é o maior e o primeiro dos mandamentos. O segundo é similar ao primeiro: amarás o próximo como a ti mesmo. Destes dois mandamentos dependem toda a Lei e os Profetas" (Mt 22, 37-40).

A ideia bíblica da aliança entre o humano e Deus é a de uma antropologia da liberdade assente no amor. Fugindo aos dois extremos: à necessidade férrea das leis da matéria ou da sociedade e à angústia do zero. "A fé significa a emancipação absoluta de qualquer espécie de lei natural e portanto a mais elevada liberdade que o homem possa imaginar: a de poder intervir sobre o próprio estado onto-

lógico do universo (...) Qualquer outra liberdade moderna, por muitas satisfações que possa proporcionar a quem a usufrua, é impotente para justificar a história, e isto, para qualquer homem sincero para consigo mesmo, equivale ao terror da história" (1).

Se o Deus bíblico se dirige ao homem e o chama à aliança consigo, é porque evidentemente o fez originariamente capaz deste facto, destinando-o à comunhão consigo, andando em direcção ao Outro e hospedando-o em si mesmo. Na abertura permanente do ser humano para com o seu Criador e para com os homens, o ser humano estabelece relações de solidariedade com os outros seres humanos, com toda a criação, imagem do amor de Deus. Aproximando-se do ser humano, Deus, Verbo incarnado, "trabalhou com mãos de homem, pensou com mente de homem, agiu com vontade de homem", encontrando nEle "verdadeira luz o mistério do homem" (2).

A antropologia que assim se descobre, é ao mesmo tempo, uma ética fundamental, indicando como morada última do ser pessoal o mistério da Trindade divina, e funda nesta o comportamento responsável do sujeito histórico e o seu modo de agir, inseridos nas relações com o Deus Vivo (3).

Esta antropologia constitui o fundamento de um "ethos" plenamente responsável e totalmente fruto da graça livre do Deus vivo.

A teologia cristã do Deus vivo tornado carne, nos quadros do Deus Trinitário, é o quadro necessário para a compreensão da pessoa humana e, através desta, da relação matrimonial cristã.

Partamos da inclusão do múltiplo no uno, no mistério da Trindade: Deus é trino (4); logo, Deus é o amor (1 Jo. 4, 8. 16). O amor do Pai gera o Filho desde o início dos séculos e introdu-lo no tempo; face a face no Seu diálogo eterno, diálogo de amor, deste procede o Espírito Santo, dom divino ao ser humano e à sua história.

O Uno não é solidão, mas dádiva permanente de Si ao Outro, recepção permanente do Outro, comunhão de amor.

(1) M. Eliade, *Il mito dell'eterno ritorno*, Milano, 1975, pág. 162 segs.

(2) Concílio Vaticano II, Constituição pastoral sobre a Igreja no mundo contemporâneo "Gaudium et Spes", 22.

(3) Vd., sobre este ponto, K. Barth, *Die kirchliche Dogmatik*, II/1, Zürich, 1942, p. 564 e segs.

(4) Vd., sobre o que se segue, B. Forte, *Trinità come storia*, Milano, 1985, esp. págs. 60 e segs. que sigo muito de perto.

No Verbo, o Pai ama o mundo em que o filho encarna, e o Espírito, unindo Um ao Outro, une todos os seres humanos a Deus.

Aqui se enquadra a "pessoa", como sujeito das relações que pertencem ao plano da natureza humana.

Pessoa **em si** e **para si**, mas com uma natureza racional na perspectiva da intelectualidade, que dá capacidade à pessoa humana de se transcender relacionando-se com os outros e visando tendencialmente a totalidade do ser. Nesta ordem de ideias, a pessoa, para além de ser **em si** e **para si**, relaciona-se com outros: sendo, também e do mesmo modo, **ser para**, numa coincidência ontológica - a "exemplo" da Trindade. Enquanto na Trindade, a relação é uma comunhão ontológica, na pessoa humana é o indivíduo que se abre às relações com os outros e com o Outro, sem perder a sua singularidade, e superando a sua solidão ontológica em relações de amor. Relações de reciprocidade - **ser com**.

Recapitulando: ser em si; ser por si; ser para o outro; ser com.

Ser em si traduz a subjectividade incomunicável, a resistência a qualquer objectivação ou massificação. "A pessoa é uma actividade vivida como auto-criação, comunicação e adesão... que se reconhece no seu acto como movimento de personalização" (1). Incomunicabilidade, originalidade e não participação em unicidade ontológica. Ser "superabundante" que, revelando-se na auto consciência livre, se abre aos outros. "O ser pessoal é generosidade" (2).

Ser por si traduz o papel da autoconsciência livre nos actos das pessoas, extensão do **em si**. A dialéctica interioridade-exterioridade é imprescindível para o próprio ser em si, na medida em que o sujeito escolhe, escolhe-se indirectamente a si mesmo (3), numa circularidade hermenêutica (no plano da consciência) e da ética (no plano da liberdade). A correlação entre o sujeito e o objecto permite uma segura perspectiva da totalidade pessoal espírito-corpo, sendo o corpo acolhimento da exterioridade pessoal incorporada.

Nesta medida, o ser por si, em vez de fechar a pessoa na sua interioridade, abre-a sobre os outros. Reconhecendo a dignidade pessoal insuperável do sujeito, reconhece-a também nos outros, comparáveis

(1) E. Mounier, *Il personalismo*, p. 11, cit. por B. Forte.

(2) Ob. aut. cit., p. 97.

(3) Ob. aut. cit., p. 93.

desde logo, através da sua exterioridade. E, assim, funda a eticidade, enquanto responsabilidade para consigo mesmo e para com os outros.

Segue-se, nesta gradação, o **ser para com o outro**. Este exprime a constitutiva abertura do eu para com os outros, e a dinâmica de saída, de autotranscendência, inerentes à vida pessoal: "A vida da pessoa é afirmação e negação de si própria... A expansão da pessoa implica, como condição interior, uma expropriação de si mesma e dos próprios bens, que priva o egocentrismo de um dos seus pólos: a pessoa só se encontra, perdendo-se" (1). A comunicação com os outros torna-se experiência fundamental constitutiva da pessoa: "A primeira experiência da pessoa é experiência da segunda pessoa: o tu é, assim, o nós, vem antes do eu ou pelo menos, acompanha-o... Quando a comunicação se afasta ou se corrumpo, perco-me profundamente a mim mesmo... o **alter** torna-se **alienus** e eu, por minha vez, torno-me estranho a mim mesmo, alienado. Poderia quasi dizer-se que existo para os outros e, no limite, viver significa amar" (2). O ser para o outro é, pois, constitutivo do ser pessoal, como relação em que se dá e se recebe.

O **ser com** exprime, nesta sequência, a completude do ser: a interioridade comunicante com a exterioridade, estabelecendo com as outras pessoas uma relação de reciprocidade e de solidariedade "necessária". Verifica-se, assim, a concretização do ser que é a comunidade dos seres humanos. O ser humano que, no início da análise, é singularidade irrepitível e dignidade suprema, realiza-se, enquanto tal, só na comunhão ética com os outros. Tornando-se a pessoa sujeito consciente e responsável do devir histórico. No pensamento oriental encontra-se a ideia de que a vida é a dança dos deuses, sendo o deus o dançante e o ser humano o dançado. Na comunhão ética com os outros, ao tornar-se sujeito responsável da história, o ser humano torna-se também dançante.

"... A dualidade humana supera-se intencionalmente na síntese do objecto e interioriza-se afectivamente no conflito da subjectividade" (3). A tristeza do finito, inerente ao ser humano, só se transcende na comunicação afectiva com os outros.

(1) E. Mounier, *ob. cit.*, p. 65.

(2) E. Mounier, *ob. cit.*, p. 44.

(3) Paul Ricoeur, *Finitude et culpabilité. I, L'homme faillible. II, La symbolique du mal*, Paris, 1960, p. 224.

Deparamo-nos, pois, com uma antropologia aberta na qual se situa o outro, nomeadamente o "outro cônjuge"; em que se insere o desejo do outro, nomeadamente do **(totalmente) outro** que é Deus; o "desiderium naturale" da visão de Deus: "A criatura espiritual não tem o seu fim em si próprio, mas em Deus" (1).

Como tem o seu "fim" nos outros, através dos quais chega a Deus. Também aqui comunicação e solidariedade: o Incarnado e Resuscitado – imagem de Deus invisível – é em pessoa a aliança entre o ser humano e Deus, fazendo participar aquele na vida de Deus Trinitário. O homem é um ser pessoal posto em frente de um Deus pessoal; comunicando-se como pessoas.

Neste quadro, qualquer oclusão da pessoa para com Deus ou os outros, leva a um ofuscamento do próprio eu. É através do contínuo relacionamento com os outros que se constrói a relação com Deus e o próprio eu. O exercício efectivo desta capacidade de relacionamento dirigido a estabelecer relações de diálogo estáveis, realizando o homem como sujeito de uma história humana, pessoal e "colectiva", abre o espaço para o matrimónio e actua na vida (matrimonial e colectiva) através de virtudes morais.

O "primeiro" outro que o humano descobre – por ele deixando os outros primeiros, como o Pai e Mãe – é o cônjuge.

É neste que o eu se reconhece imediata e constantemente, num diálogo de todos os momentos. É neste que corre o risco, inerente à incompletude humana, de se perder no mal.

Mas este outro é necessário para o eu se encontrar, prendendo-se na dualidade. No face a face constante do amor que origina os filhos. Adquire aqui um significado particularmente intenso o viver a significar amar. É nesta relação do **ser para o outro** que se constitui, ao longo da vida, o ser pessoal de cada um dos cônjuges. E se enriquece, "completando-se", no **ser para os filhos**. O ser humano "definitivamente" só pode encontrar o seu fim nos outros, cônjuge e filhos. E, através desta "trindade" que é o amor, descobre os outros, todos os outros e, completa-se, completando a família no viver para todos os outros e com todos os outros. Numa solidariedade exigida por Deus para se dar no Juízo Universal, prova do amor de todos para todos os outros.

(1) H. de Lubac, *Il Mistero del soprannaturale*, p. 137.

Estabelece-se aqui o necessário diálogo entre o amor, as virtudes morais e a fidelidade, essenciais ao casamento.

A virtude aparece, com a fidelidade, a maneira de ser radical do sujeito, para consigo mesmo e enquanto cônjuge e pai. Nomeadamente na continuidade e na estabilidade do processo contínuo de realização do eu e dos outros, do matrimônio. Cria-se um hábito como profissão estável a agir como cônjuge e pai. E o eu torna-se protagonista consciente e responsável da história daquela família – e, através daquela, de todas as outras. O bem e o mal, os bons e os maus momentos, a continuidade, o novo e velho, são absorvidos no hábito da virtude fundado no amor. Amor que reenvia à fidelidade. O ser humano passa a viver conscientemente o que é por natureza, isto é, dirigido para o outro. Em total liberdade e gratuidade, pois o sujeito não pede e não espera recompensa, estando para o outro só por amor. Vindo Deus aperfeiçoar esta natureza humana através da instituição do casamento católico. No qual reforça, através da Graça, as necessárias virtudes da prudência, da justiça, da fortaleza e da temperança⁽¹⁾.

Só neste quadro de uma antropologia aberta se pode compreender o casamento, “maxime” o casamento cristão. Com as suas características essenciais de comunhão de vida adequada à procriação e perpetuidade: ser para e com os outros; amor; fidelidade.

(1) Vd. Platião, *República*, IV, 427.

2 – O DIREITO DO CASAMENTO CATÓLICO

1 – Fontes

O Direito matrimonial canônico substantivo tem como fonte principal o título VII do IV livro do Código de Direito Canônico, cânones 1055 a 1163. No título I do VII livro, parte III, cânones 1671-1707 está contido o Direito processual. Para as Igrejas Orientais unidas a Roma vigoram outras normas.

O Código de Direito Canônico é uma das “fontes de produção” (“fontes essendi”). Existem também as “fontes de conhecimento” (“fontes cognoscendi”).

As fontes de produção do Direito Canônico em geral, e do Direito matrimonial, são de quatro espécies: divinas, eclesiásticas, concordatárias e civis.

As fontes de carácter divino são leis que Deus inseriu na natureza do homem (leis naturais) ou revelou. Será o caso, por ex., das propriedades essenciais do casamento, a unidade e a indissolubilidade.

As fontes eclesiásticas são leis emanadas da Igreja, através dos seus órgãos competentes.

As fontes concordatárias são leis acordadas bilateralmente entre a Igreja e o Estado. Referem-se normalmente ao reconhecimento de efeitos ao matrimônio canônico.

As fontes civis são leis estaduais recebidas pela Igreja no seu ordenamento: a adopção, que está na base do impedimento por parentesco legal (can. 110 e 1049); a promessa de casamento (can. 1062, § 1); etc.

2 – O matrimônio

A palavra matrimônio deriva etimologicamente de “mater” e “munium” ou “munus”, ou seja, ofício de mãe. Acenna, pois, o papel da

mãe na procriação e educação da prole. Também se usa a expressão consórcio (de "con" e "sors", parilha da mesma sorte ou condição). "Conjuge", vem de "coniugium", "con" e "iugo", submeter ao mesmo jugo, acenando a comunidade de vida dos esposos. A definição de matrimônio vem no cânone 1055, § 1: "O pacto matrimonial, mediante o qual o homem e a mulher constituem entre si o consórcio de toda a vida, ordenado pela sua natureza ao bem dos cônjuges e à procriação e educação da prole, entre batizados, foi elevado pelo senhor Cristo à dignidade de Sacramento".

O casamento é, assim, um **consórcio de toda a vida**, uma comunidade conjugal de vida, plena completa, total, exclusiva, indissolúvel, em que está empenhada toda a pessoa, que transforma os cônjuges numa só carne, em todos os aspectos do seu ser e da sua vida.

Tem como pressuposto a diversidade de sexos e a sua complementariedade física e psicológica. Para João Paulo II o amor conjugal comporta uma totalidade em que entram todos os componentes da pessoa: corpo e instinto, sentimentos e afetividade, aspiração do espírito e da vontade; dirigindo-se a uma unidade profundamente pessoal que, para lá da união em uma só carne, leva a constituir um só coração e um só espírito ("Familiaris consortio").

O matrimônio não é uma simples comunhão de vida, de facto. É um pacto (can. 1055, §1) e é um contrato juridicamente vinculante (can. 1055, § 2).

O termo pacto, usado da Bíblia para exprimir a especial relação entre Deus e o povo eleito, traduz a relação íntima entre os cônjuges, a aliança fundada no amor. Contrato, porque são os cônjuges em igualdade⁽¹⁾, através da sua vontade livre, que celebram o matrimônio. Contrato, porém, muito especial, diferente de todos os outros, por, em

(1) Há consenso em que o estatuto da mulher, em Grécia e Roma, era de inferioridade.

Parce ter havido menos mulheres do que homens, na Antiguidade Clássica — e este facto revela a discriminação contra as mulheres. O infantilismo feminino terá sido muito superior ao masculino; a má saúde das mulheres, resultante de uma dieta inferior à estabelecida para os homens (nas distribuições de alimentos em Roma, aquelas recebiam uma fracção da quota destes), e dos poucos cuidados que se lhes dispensava na puberdade, seguidos de maturidades precoces, acarretava uma expectativa de vida, para as melhores, inferior em talvez dez anos, à dos homens.

Quando se honrava uma mulher, era para exaltar os seus familiares masculinos. No reverso das moedas dos imperadores romanos, as suas esposas eram simples personificações de um atributo do imperador ou do seu reinado (Pax, Fortuna, Concordia, etc.).

vez de uma troca de direitos e de obrigações, haver uma doação plena de pessoas, para toda a vida, irrevogável.

3 — Fins do matrimônio

Nos fins do matrimônio, distingue-se entre fins do matrimônio em si mesmo ("fines operis") e fins dos nubentes ("fines operantis"). Estes últimos variam conforme as situações: vantagens sociais, económicas, amor, beleza, etc.

Os **fins objectivos** do matrimônio não constituem a sua essência nem são suas propriedades essenciais. Mas são caracterizantes do matrimônio por definirem os direitos e os deveres dos cônjuges. São eles: o bem dos cônjuges e a procriação e educação da prole.

Daqui derivam importantes consequências jurídicas. Através do bem dos cônjuges, abrangem-se na nulidade do casamento todas as anomalias psíquicas que impedem os cônjuges de assumir as obrigações essenciais do casamento (can. 1095, 3) com grave prejuízo da vida conjugal (can. 1055, § 1).

A procriação e educação de prole é bem próprio e essencial do casamento por este ser ordenado pela sua própria natureza a esse fim (can. 1055, § 1). Os filhos podem faltar, por causa da esterilidade de um dos cônjuges, por ex.: subsistirá validamente o matrimônio: "Mesmo se faltar a prole, embora vivamente desejada, o matrimônio perdura como relação e comunhão de toda a vida e conserva o seu valor e a sua indissolubilidade" (Gaudium et Spes, n.º 50).

As mulheres estavam perpetuamente sob a custódia de um parente.

O objectivo do matrimônio era obter filhos legítimos, para o marido. Assim, o adultério era um crime, por dele poder resultar a introdução, na família, de um filho ilegítimo. E, uma vez obtido aquele objectivo, o matrimônio parecia esvaziado. O marido afastava-se da esposa e retomava os seus hábitos de solteiro (que, na Antiguidade Clássica, admitiam casamento e homossexualidade).

Aliás, a mulher-mãe é apresentada (e foi-o durante séculos) como simples receptáculo do desenvolvimento da semente do pai: «A que é chamada mãe não é a origem do seu rebento, mas só a que cuida do embrião recém-semeado [...]». Deve haver um pai, não uma mãe». (Esquilo, «As Euménides»). Sobre esta matéria, vd. W. K. Lacey, *The family in classical Greece*, Ithaca, 1968; V. Ehrenberg, *The people of Aristophanes*, New York, 1962; J. Baisdon, *Roman Women: their history and habits*, London, 1962; S. B. Pomeroy, *Diosas, rameras, esposas y esclavas. Mujeres en la antigüedad clásica*, trad. cast., Madrid, 1987.

Contudo, com a prole, os cônjuges tornam-se mais profundamente cooperantes na obra divina do amor.

4 – Sacramento

Vimos, oportunamente, que o matrimónio, além de um contrato é, para os baptizados, um sacramento instituído por Cristo.

5 – Propriedades essenciais

As duas “propriedades” ou “leis” fundamentais do matrimónio são a **unidade** e a **indissolubilidade**. Ambas provenientes do Novo Testamento e sempre aceites pela Igreja, foram definidas dogmaticamente na XXIV Sessão do Concílio de Trento em 11 de Novembro de 1563.

A **unidade** consiste na união de um só homem com uma só mulher (monogamia). A fidelidade (“bonum fidee”) está intimamente associada à unidade.

A **indissolubilidade** (“bonum sacramenti”) torna perpétuo o vínculo matrimonial que só se desfaz por morte de um dos cônjuges. A dissolução do casamento validamente celebrado só pode ser operada em casos excepcionais: por dispensa do Pontífice Romano, relativamente ao matrimónio rato e não consumado (can. 1142); através do privilégio paulino (can. 1143-1143); pelo privilégio petrino (can. 1148-1149).

A unidade e a indissolubilidade são consideradas propriedades essenciais de qualquer matrimónio validamente celebrado, mesmo entre não baptizados. Mas, nos baptizados, tem particular solidez por força do carácter sacramental do matrimónio que faz deste a expressão da união mística de Cristo e da Igreja.

Bibliografia fundamental:

Bruno Forte, *Trinità come storia*, Milano, 1985. Const. past. “Gaudium et Spes”, 7 de Dezembro de 1965, n.ºs 47-52; João Paulo II, “*Familialis Consortio*”, 22 de Novembro de 1981; Pio XI, “*Casti Connubii*”, 31 de Dezembro de 1930; Comissão Teológica Internacional, *Seize Thèses de Christologie sur le sacrement du mariage*, 6 de Dezembro de 1977; Luigi Chiappetta, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica e concordataria*, Roma; s.d.; Jean Onimus, *Interrogations autour de l'essentiel*, Paris, 1967; G. Gustorf, *Traité de l'existence morale*, Paris, 1970; R. Guardini, *Morale au delà des interdits*, Paris, 1970.

B

O CASAMENTO CIVIL

O art. 1577.º do Código Civil português, define o casamento como «o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código». Esta disposição deve ser cuidadosamente interpretada para não levar a conclusões diversas daquelas que parecem aceitáveis.

Com efeito, a comunhão de vida não é um simples instrumento da constituição de família, mas deve entender-se como sendo o próprio núcleo do casamento. O estado de casado é uma comunhão de vida. A constituição da família é produto dessa comunhão de vida. Se entendermos por constituição da família, a procriação, como parece mais correcto (já o referimos a propósito da Constituição da República), a definição de casamento no Código Civil português aproxima-se muito da do Direito Canónico.

Há que acentuar, porém, que a procriação (constituir família), embora sendo um fim normal ou natural do casamento, não é um fim absolutamente essencial. Isto deriva de diversas disposições legais. A primeira, é o facto de a impotência não ser no direito português um impedimento (vd. art. 11601.º); a impotência de um dos cônjuges só poderá ser fundamento de anulação do casamento quando ignorada do outro cônjuge (art. 1635.º), sendo portanto a anulabilidade do acto simples medida de protecção do interesse do cônjuge (Pereira Coelho). Há que notar, também, que o direito português não dá relevo à consumação do matrimónio, ao contrário do que acontece no Direito Canónico, através da dispensa do casamento rato e não consumado.

O conceito de comunhão de vida é preenchido por outras disposições do Código Civil. Os cônjuges estão vinculados aos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência (art. 1672.º). A comunhão de vida é exclusiva (art. 1601.º al. c)) e presumptivamente perpétua (art. 1773.º). Dos desenvolvimentos da noção de comunhão de vida, trataremos mais tarde.

XI LIÇÃO

O CASAMENTO CIVIL E O CASAMENTO CATÓLICO: OS SISTEMAS MATRIMONIAIS

INTRODUÇÃO

Até à reordenação social e, conseqüentemente, jurídica dos sécs. XII e XIII, os católicos celebravam o seu casamento por diversas formas, muitas vezes sem a presença de um sacerdote, ou pela simples convivência marital. A partir do séc. XII foi-se impondo gradualmente a forma solene de casamento católico, celebrado diante de um sacerdote.

Os não católicos, mais precisamente os não cristãos, sobretudo judeus e muçulmanos, continuavam a celebrar o seu casamento segundo os rituais das suas religiões. Com efeito, estas comunidades, até à sua expulsão ou absorção que decorreu conforme os Estados, entre os sécs. XIII e XVI, gozavam de larga autonomia administrativa e jurídica, constituindo verdadeiras «nações», ao lado da «nação» cristã, nos países da Europa Ocidental. Assim, continuavam regidos pelas suas leis em matéria matrimonial, reconhecendo o ordenamento jurídico «estadual», efeitos jurídicos aos casamentos celebrados nesses termos.

Desde a unificação religiosa dos diversos Estados do ocidente europeu, passou a ser reconhecido um único tipo de casamento, o casamento católico, já que se pressupunha que toda a população seguia essa religião.

Quando se quebrou esta unidade de crença, através das seitas protestantes, houve que resolver o problema das minorias religiosas nos Estados protestantes e nos Estados católicos. Alguns Estados católicos passaram a reconhecer o casamento dos protestantes; enquanto que, nos Estados protestantes, algumas vezes se reconhecia o casamento dos católicos.

Foi, por esta altura, que «surgiu» o casamento civil. Surgiu como manifestação da tolerância religiosa. Mas também, pouco a pouco, como afirmação da supremacia do Estado sobre os seus súbditos. Reivindicando-se para o Estado a competência exclusiva em matéria

matrimonial, como sucedia na generalidade dos problemas normativamente relevantes.

Aqui é sentida a influência do protestantismo. Já referi que o protestantismo considera o matrimónio como uma instituição secular e profana, desprovida de qualquer carácter de sacramento. Sendo assim, apenas a lei civil é competente para a regular. O casamento civil terá sido instituído, pela primeira vez nos tempos modernos, na Holanda e na Frísia Ocidental em 1580: todos os não calvinistas, foram obrigados a celebrar o casamento perante o magistrado civil, com a única excepção dos judeus. Em 1656, o casamento civil obrigatório para os católicos e os não calvinistas foi alargado a todos os Estados federados dos Países Baixos. O casamento civil era facultativo só para os calvinistas.

Em 1653, na Inglaterra, foi o casamento civil tomado obrigatório. No tempo de Cromwell, em 1665, por tolerância para com os católicos, outra lei declarava suficiente o simples consentimento, para o casamento ser válido. Em 1753, foi determinado que todos, excepto os judeus e os «quakers», celebrassem os casamentos perante o ministro anglicano, sob pena de carecerem de efeitos civis. Na Áustria, em 1783, foi proclamada a competência do direito civil sobre toda a matéria matrimonial.

Esta evolução encontrou, de algum modo, o seu cume com a Constituição de 14 de Setembro de 1791, em França, cujo artigo 7.º, Título II, considerava o casamento como um simples contrato civil. Norma que foi transposta para o Código de Napoleão.

Em Portugal, até ao Código Civil de 1867, vigorou o sistema do casamento católico obrigatório.

Contudo, a doutrina registista sobre o casamento encontrou algum eco no meio jurídico português, sobretudo através das obras de autores estrangeiros dos fins do séc. XVIII, entre os quais Pothier. Este autor considerava, na esteira da doutrina registista, que o casamento é um contrato civil pertencendo, portanto, à ordem laica. Cristo, ao instituir o sacramento, manteve o contrato que o funda, juntando-lhe apenas a benção nupcial que constitui o sacramento. Assim, o casamento contrato deve ser regulamentado pelo Estado, enquanto que a Igreja julgará unicamente se os esposos são dignos de receber a benção.

1 - OS SISTEMAS MATRIMONIAIS

Ainda hoje se discute, nos sistemas jurídicos mais próximos do nosso, qual a melhor combinação entre o casamento civil e o casamento religioso. Segundo a classificação mais corrente (Pereira Coelho), distingue-se entre o sistema do casamento religioso obrigatório, o sistema do casamento civil obrigatório, o sistema do casamento civil facultativo e o do casamento civil subsidiário.

No sistema do casamento religioso obrigatório (que, como referi, foi o dominante até à Idade Contemporânea, e vigorou na Grécia até 1982), a forma religiosa do casamento, segundo os ritos da Igreja reconhecida pelo Estado (católica, ortodoxa ou protestante) era a única permitida (para efeitos civis).

Segundo o sistema do casamento civil obrigatório, o direito matrimonial do Estado é obrigatório para todos os cidadãos, independentemente da crença que professes. Não reconhece, pois, o Estado à Igreja o direito de disciplinar o casamento dos seus membros com eficácia na ordem civil. Contudo, e atento o princípio da liberdade religiosa, todos os cidadãos se poderão casar segundo as normas da sua confissão religiosa, embora este casamento não produza quaisquer efeitos na ordem civil.

O sistema do casamento civil obrigatório vigora na generalidade dos países.

Oferece a seguinte vantagem: nos Estados em que uma parte importante da população professa uma religião ou religiões em que o direito matrimonial aparece pouco definido, consagrando, nomeadamente, formas não solenes ou hábitos incompatíveis com a «civilização» contemporânea, como, por exemplo, a poligamia, a instauração do casamento civil obrigatório é o meio de unificar os hábitos da população.

Apresenta, porém, o inconveniente de obrigar a uma dupla celebração os nubentes que professes uma religião. Inconveniente que é

Estado, por o estarem à face da Igreja, a celebrarem o casamento católico. O Estado só admitiria que celebrassem casamento civil todos aqueles que não fossem obrigados segundo o direito canónico a celebrar casamento católico.

Este sistema vai contra o princípio da liberdade religiosa consagrado na Constituição da República portuguesa.

particularmente evidente e grave no caso de esses nubentes terem uma religião (como por exemplo a católica) que apresenta um direito matrimonial solidamente estabelecido e obriga à forma solene de celebração do casamento.

No sistema de casamento civil facultativo, os nubentes podem escolher livremente entre o casamento civil e o casamento religioso (católico, protestante, etc.) atribuindo o Estado efeitos civis ao casamento seja qual for a forma da sua celebração.

Dentro deste sistema matrimonial, há que distinguir duas modalidades bastante diversas.

Segundo uma, o Estado permite a celebração do casamento sob qualquer forma, atribuindo a esta forma efeitos civis, mas sempre os mesmos. Ou seja: é sempre o direito matrimonial do Estado a aplicar-se aos efeitos do casamento, seja qual for a forma da sua celebração. Portanto, neste sistema, não se trata de instituições diversas, mas sim de diversas *formas* de celebração do matrimónio. De algum modo, as funções do oficial do registo civil são desempenhadas, por uma espécie de delegação da lei estadual, por outras entidades.

Esta modalidade permite a unificação do direito matrimonial no seio de um certo Estado, sem ter o inconveniente de obrigar os nubentes que professam uma religião a celebrar dois casamentos: o civil e o religioso.

Segundo a outra modalidade do casamento civil facultativo, o Estado, ao admitir a forma de celebração religiosa do casamento e ao conceder-lhe efeitos civis, atribui os efeitos previstos pelo Direito da igreja a que pertencem os nubentes. Não se trata de uma simples forma de celebração religiosa, mas de diversas modalidades do casamento. Cada uma com a sua forma, com os seus efeitos próprios e mesmo com uma jurisdição especial que é a da igreja competente. O Estado, nesta medida, abandona o monopólio da criação de Direito numa certa zona, atribuindo-o à Igreja.

Finalmente, há o sistema do casamento civil subsidiário. O Estado adopta o Direito matrimonial religioso (católico, por exemplo), impondo a celebração segundo a forma religiosa, com os efeitos previstos no direito matrimonial religioso, a todos os que professam essa religião. O casamento civil é previsto subsidiariamente, em termos de só o poderem celebrar aqueles que não professam a religião «seguida» pelo Estado. Ou seja: todos os católicos estariam obrigados à face do

Assim, Martens Ferrão propôs que, para os não católicos, fosse unicamente exigida a celebração do casamento não civil, sendo facultativa a celebração religiosa. Mas esta podia ser estipulada como condição para a validade do casamento civil.

Seguidamente, alguns membros (Ferrer, Herculano e Marreca) renunciaram-se a favor do casamento civil obrigatório. Enquanto a opinião dos outros se dividia. Por maioria, a comissão manteve o casamento católico para os católicos, embora aceitasse que bastava o casamento civil para os não católicos. Em qualquer caso, nunca se exigiria aos nubentes a declaração sobre a sua religião para celebrarem o seu casamento civil.

As discussões e intervenções subsequentes mantiveram-se no sentido do sistema do casamento civil facultativo, já que se votou por maioria a não obrigatoriedade da forma de casamento católico para os católicos. Seabra, contudo, reagindo contra esta tendência, propugnavia o seu projecto inicial, ou seja, o casamento católico obrigatório para os católicos: «catholicum, catholicis; acathollicum, acatholicis». Nesta sequência, a comissão votou por escassa maioria o casamento civil subsidiário, reservado aos não católicos. A oposição entre os membros da comissão foi tomada através do expediente da introdução de uma norma que estabelecia que não era admitida a adopção da religião dos nubentes. Nestes termos, qualquer católico podia adoptar o casamento civil, dado que não lhe podia ser exigida a prova da sua «acatolicidade». Esta norma vem a encontrar consagração no art. 1072.º do projecto: «o casamento entre súbditos portugueses, seja qual for a sua religião, que não são obrigados a declarar...».

A redacção definitiva do Código Civil de 1867 reflecte, pois, este compromisso, com algum prejuízo para a sua clareza. Os arts. 1057.º e 1072.º pareciam admitir o casamento civil só para os não católicos. Mas como não podia haver inquérito prévio acerca da religião dos contraentes (art. 1081.º), e o casamento civil não podia ser anulado por motivo da religião dos cônjuges (art. 1090.º), vinha a consagrar-se o sistema do casamento civil facultativo. Sistema adoptado na segunda modalidade, pois as leis canónicas eram recebidas em Portugal (arts. 1069.º e 1086.º) e o casamento católico só podia ser declarado nulo perante os tribunais eclesiásticos e nos casos previstos nas leis da Igreja (arts. 1086.º e 1087.º).

Contudo, o Código de 1867 aplicou também ao casamento católico os impedimentos impeditivos do casamento civil (art. 1058.º),

2 — A EVOLUÇÃO DO SISTEMA MATRIMONIAL EM PORTUGAL

2.1 — O Código Civil de 1867

O sistema do Código Civil de 1867 traduz o compromisso entre as diversas tendências da comissão que se pronunciou sobre o projecto de Seabra.

No seu projecto de Código Civil (1858), Seabra distinguia, no matrimónio, a dupla natureza de sacramento e contrato; competindo à Igreja definir as condições e efeitos espirituais do sacramento e à lei civil as condições e efeitos temporais do contrato (arts. 1113.º e 1114.º). (*Das palavras sobre o Casamento*, Lisboa, 1866, pág. 11). Portanto, eram consagradas duas formas de matrimónio: uma para os católicos (art. 1115.º) e outra para os não católicos (art. 1125.º); sendo o casamento religioso obrigatório para os portugueses católicos (art. 1115.º). Só os tribunais eclesiásticos eram competentes para apreciar a validade do casamento católico (art. 1130.º), embora a instrução das causas e a execução das sentenças fosse confiada a tribunais civis (arts. 1181.º e 1182.º). Para os portugueses não católicos o casamento era válido e produzia efeitos civis desde que fosse celebrado segundo a crença, usos e costumes dos nubentes e tivesse sido celebrada a correspondente escritura pública (art. 1125.º). Neste caso, as causas de nulidade eram da competência dos Tribunais civis (art. 1113.º).

Parece, assim, que se consagrava o sistema do casamento civil subsidiário, embora os não católicos pudessem celebrar o casamento «civil» segundo a forma da sua religião.

A comissão revisora, cujas reuniões se prolongaram muito no tempo, e a maioria das vezes sem a presença da totalidade dos seus membros, levou a alterações, de percurso bastante acidentado, deste projecto.

reponsabilizando o sacerdote que celebrasse um casamento não obstante a existência de um desses impedimentos (art. 1071.º). Além disso, o Código ordenou aos sacerdotes que enviassem ao oficial do registo civil a acta do casamento a fim de ser registada (art. 2476.º).

Note-se que, do matrimónio quanto à definição de casamento, o Código Civil se mostrou particularmente conservador, apresentando como fim a constituição da família (ou seja, a procriação). Vindo, aqui, ao arripio de uma proposta de Marreca, na comissão de revisão do Código, no sentido da qual o fim do casamento era o estabelecimento de «uma comunhão perpétua de vida física e moral».

2.2 – As leis da Primeira República

O decreto n.º 1 de 25 de Dezembro de 1910 veio alterar radicalmente o sistema matrimonial.

Note-se, a este propósito, a importância que o governo republicano atribuiu ao Direito matrimonial, como motor de transformação social, pois as suas primeiras medidas dirigiram-se precisamente a este.

Foi estabelecido o sistema do casamento civil obrigatório, considerando-se o casamento como um contrato puramente civil (art. 2.º). Todos os portugueses deviam celebrar o casamento perante o oficial do registo civil, com as condições e pela forma estabelecida na lei civil, só este sendo válido (art. 3.º). As causas de nulidade ou anulação do casamento passavam a competir exclusivamente aos tribunais civis (art. 65.º).

Para evitar que os nubentes, na sua maioria católicos, e habituados a considerar como único casamento o casamento católico, se limitassem à cerimónia religiosa, o art. 312.º do Código de Registo Civil de 1911 estabeleceu a precedência obrigatória do casamento civil sobre qualquer casamento religioso. Norma muito mal aceite pela generalidade da população.

Sublinhe-se que as leis da República foram, nos outros aspectos do casamento como estado, bastante conservadoras e negadoras dos princípios de igualdade e liberdade que a República invocava. Assim, embora o art. 39.º do decreto n.º 1 declarasse que a sociedade conjugal se baseia na liberdade e igualdade, incumbia ao marido a obriga-

ção de defender a pessoa e os bens da mulher e dos filhos, limitando a mulher (embora a título «principal») ao governo doméstico e a uma assistência moral tendente a fortalecer e aperfeiçoar a unidade do lar (art. 39.º). Além disso, a mulher devia adoptar a residência do marido (art. 40.º). Mantendo-se o predomínio do marido no aspecto patrimonial, ao atribuir-lhe, nos termos do Código Civil de 1867, a administração dos bens do casal.

2.3 – A Concordata entre a Santa Sé e a República Portuguesa

Com a Concordata entre a Santa Sé e a República Portuguesa, assinada na Cidade do Vaticano em 7 de Maio de 1940, confirmada e ratificada em 1 de Junho, publicada no Diário do Governo de 10 de Junho de 1940 e que entrou em vigor em 1 de Agosto de 1941, o sistema matrimonial da I República foi profundamente alterado.

As disposições da Concordata relativas ao casamento (arts. XXI-XXV), foram executadas e regulamentadas pelo Governo português no Decreto-Lei n.º 30615, de 25 de Julho de 1940; cujas disposições foram integradas no Código do Registo Civil de 1958, e, posteriormente, no Código Civil de 1966.

Segundo o novo sistema, era admitido o casamento civil facultativo na segunda modalidade.

O Estado reconhecia efeitos civis aos casamentos católicos (art. 22.º da Concordata); não permitia aos seus tribunais aplicar o divórcio a casamentos católicos (art. 24.º); reservava aos tribunais eclesiásticos a apreciação da validade dos casamentos católicos (art. 25.º). Contudo, o direito matrimonial civil prevalecia sobre o sistema de impedimentos do casamento católico; era também o direito civil que regulava o processo preliminar e o registo; e os tribunais civis eram competentes para decretar a separação de pessoas e bens relativamente aos casamentos católicos.

Note-se que os casamentos católicos celebrados anteriormente à entrada em vigor da Concordata continuavam a não estar abrangidos por esta. O Estado português reconhecia efeitos civis só aos casamentos civis celebrados anteriormente à celebração da Concordata: os casamentos católicos celebrados antes da Concordata continuavam desprovidos de efeitos civis. Portanto, a aplicação do divórcio a um

casamento civil celebrado antes da entrada em vigor da Concordata levava a que, perante a lei civil, os cônjuges, mesmo que também casados catolicamente, estivessem divorciados.

2.4 – O protocolo adicional à Concordata

Em 15 de Fevereiro de 1975 foi assinado, também na Cidade do Vaticano, o Protocolo adicional à Concordata de 7 de Maio de 1940. Este Protocolo deu nova redacção ao art. 24.º. Os tribunais civis passam a ser competentes para aplicar o divórcio a quaisquer casamentos com efeitos civis. Aqui incluídos os casamentos católicos. Contudo, sublinha-se «o grave dever dos cônjuges» que celebram o casamento católico de não pedirem o divórcio. Trata-se, de um dever de consciência que deve ser sopesado por cada um, de acordo com as circunstâncias do caso, e cuja violação não implica consequências de Direito Civil.

Na sequência do Protocolo Adicional, o Decreto-Lei 261/75, de 27 de Maio, revogou o art. 1790.º do Código Civil que consagrava o princípio da indissolubilidade do casamento católico pelo divórcio.

O Protocolo Adicional manteve em vigor todos os artigos da Concordata, continuando pois o Estado português a reconhecer efeitos civis aos casamentos celebrados em conformidade com as leis canónicas, desde que a acta do casamento seja transcrita nos competentes registos do estado civil. Por outro lado, o conhecimento das causas respeitantes à nulidade do casamento católico e à dispensa do casamento rato e não consumado é reservada aos tribunais e repartições eclesiásticas competentes.

Continua, pois, a ser consagrada a segunda modalidade do casamento civil facultativo. Contudo, o Direito Civil ocupou um espaço fundamental no direito matrimonial que é o da perpetuidade do vínculo; assim, deu-se um passo no sentido da primeira modalidade individual, ou seja, na transformação do casamento católico numa simples forma de celebração do casamento e não instituição diferente.

Contemporaneamente à alteração do sistema matrimonial português, o legislador civil introduziu algumas alterações de bastante significado no campo do direito matrimonial, de que nos daremos conta mais tarde. Situa-se entre elas, como vimos a propósito da Constituição, a igualdade dos cônjuges, a igualdade dos filhos, etc.

Analisando mais de perto o sistema matrimonial vigente, vou salientar alguns dos seus aspectos fundamentais.

É um sistema de casamento civil facultativo. Facultativo para os católicos que podem escolher entre a forma católica e a forma civil de celebração do matrimónio. O casamento civil é obrigatório para os restantes cidadãos, seja qual for a religião que professam. A lei civil não atribui quaisquer efeitos jurídicos à respectiva cerimónia religiosa.

Ao impôr o casamento civil a todos os que professam uma religião que não seja a católica, o legislador português terá levado em conta a expressão reduzida das minorias religiosas no seio da sociedade portuguesa. E, além, disso o facto de, quanto a elas, o casamento não assumir o mesmo significado que tem na religião católica, onde é considerado um sacramento. Para além de que, em muitas delas, o casamento, sendo celebrado por forma não solene, é de difícil prova.

Mesmo naqueles Estados que aceitam a celebração do matrimónio segundo os ritos de qualquer confissão religiosa, ou se excluem todas aquelas em que o matrimónio não é solene, ou então exige-se que a celebração do matrimónio seja reduzida a escrito segundo a forma exigida pela lei civil, o que reduz a muito pouco o alcance da forma religiosa.

O outro aspecto a acentuar é o de que o casamento católico em Portugal não é uma simples forma de celebração, mas um instituto diferente, regulado, não só quanto à forma mas também quanto ao fundo, por normas distintas das do Direito Civil. Já vimos, a este propósito, que é ao foro eclesiástico que compete julgar, segundo as normas de Direito Canónico, da validade do casamento católico. Sendo assim, o Direito Civil recebe normas de Direito Canónico que se referem ao fundo do casamento.

Como veremos mais tarde, com maior detalhe, certos aspectos do casamento católico são regulados pelo Direito Civil. O Direito Civil exige capacidade civil para a celebração do casamento católico, aplicando a este casamento, em princípio, todo o sistema de impedimentos do casamento civil. É certo que o casamento católico estará sujeito antes de mais, ao sistema de impedimentos do direito canónico. Mas o sacerdote não poderá celebrar um casamento católico sem que lhe seja presente um certificado passado pelo conservador do registo civil, a declarar que os nubentes podem contrair casamento.

Por outro lado, e para se obter uma unificação do registo do casamento, o sacerdote tem obrigação de enviar à Conservatória do

Registo Civil competente o duplicado do assento paroquial, a fim de ser transcrito no livro de assentos de casamento. A transcrição do duplicado do assento paroquial nos livros de registo civil é condição legal da eficácia civil do casamento, não podendo o casamento católico ser invocado enquanto não for lavrado o assento respectivo.

Além disso, o Direito Civil português regula também a dissolução do casamento por divórcio. O que não impede, como veremos mais tarde, que, simultaneamente, os tribunais eclesiásticos declarem a invalidade do casamento católico.

Bibliografia fundamental:

Pereira Coelho, *ob. cit.*, págs. 136-163; Samuel Rodrigues, *A Polémica sobre o casamento civil (1865-1867)*, Lisboa, 1987.

XII LIÇÃO

CARACTERES DO CASAMENTO COMO ACTO E COMO ESTADO

INTRODUÇÃO

O casamento, já o vimos, quer se trate de casamento católico quer de casamento civil, é um contrato. Contrato ao qual se junta no caso do casamento católico, como um selo pendente do documento, o sacramento. É, além disso um contrato entre pessoas de sexo diferente. É também um negócio solene, quer o casamento católico, quer o casamento civil. É vocacionalmente perpétuo.

Vou desenvolver estas características.

1 – CARACTERES DO CASAMENTO COMO ACTO

1.1 – O casamento como negócio jurídico. O casamento como contrato.

O casamento é um negócio jurídico: uma ou mais declarações de vontade (neste caso duas declarações) dirigidas a certos efeitos e que a ordem jurídica tutela em si mesmas e na sua direcção, atribuindo efeitos jurídicos em geral correspondentes com aqueles que são tidos em vista pelos declarantes.

O casamento, quer católico quer civil, obedece a estas características.

Contudo, e ao contrário dos negócios jurídicos, em que domina o princípio da autonomia privada, a autonomia deixada aos nubentes é muito pequena. Os efeitos pessoais do casamento, e alguns dos efeitos patrimoniais, são fixados imperativamente pela lei, sem que as partes possam, portanto, introduzir derrogações no regime legal respectivo. Não podem, por exemplo, estabelecer uma condição ou um termo para o casamento. Contudo, a autonomia das partes, se não é jurídica existe *de facto*. As normas que fixam os efeitos pessoais do casamento contêm conceitos de tal modo gerais e indeterminados que, de facto, o casamento poderá ser o que os cônjuges quiserem.

Em matéria de regime de bens, vigora de algum modo o princípio da liberdade contratual. Os nubentes podem fixar o regime de bens que entenderem mais correspondente aos seus interesses. Contudo, não se trata aqui de um efeito directo do casamento, mas antes de uma regulamentação acessória a este, do seu regime de bens.

Para além de negócio jurídico, o casamento, tanto civil como canónico, é um contrato.

Quanto ao casamento católico, a intervenção do sacerdote é a título de mera testemunha. Os ministros do sacramento do matrimónio

são os próprios nubentes que emitem declarações de vontade vinculativas que integram simultaneamente o contrato e o sacramento. A intervenção do sacerdote, repito, serve fundamentalmente para a ordem do acto e a sua publicidade.

Quanto à lei civil, o art. 1577.º define o casamento como contrato. Este enquadramento do casamento no contrato é dominante desde há séculos. A presença do conservador do registo civil, a sua intervenção no acto, releva da mera forma. Forma constitutiva, sem dúvida. Mas mera forma, tanto mais, que vem enquadrar as declarações de vontade dos nubentes essenciais para a constituição do contrato. É a contraturalidade do casamento que melhor reflecte a sua essência: a união livre de duas pessoas para prosseguirem objectivos comuns. Qualquer outro conceito que faça introduzir o casamento no campo do direito administrativo ou no campo do direito público em geral, transformando a intervenção do conservador do registo civil numa declaração de vontade que se vem juntar às declarações de vontade dos cônjuges, é gravemente lesiva do modo de ser do casamento.

1.2 – O casamento como contrato entre pessoas de sexo diferente

A outra característica do casamento – de qualquer tipo de casamento, sendo a excepção marginalidade – é a diversidade dos sexos.

Esta diversidade é exigida pelo fim do matrimónio que é de estabelecer entre os cônjuges uma plena comunhão de vida. Comunhão de vida, já o vimos, fundada no amor. Quer para a religião católica, em que o casamento é o sacramento do amor oficiado pelos nubentes, quer para o Direito Civil, em que promove a comunhão de vida, o casamento é naturalmente predisposto só para duas pessoas de sexo diferente.

Na base do casamento há o acto pelo qual um homem e uma mulher se reencontram. Dão-se um ao outro, querendo ser um, sem poder cessar ser dois (Lacroix). Esta vontade de união encarna-se na criança, permitindo assim ao casamento perpetuar-se, na ânsia de infinitude que é o amor, mesmo para além da morte dos cônjuges. Nos filhos, escreve Hegel, a unidade do casamento que, enquanto substancial, é interioridade e sentimento, mas enquanto existência está sepa-

rada em dois sujeitos, torna-se assim uma existência em si mesma, e um objecto enquanto unidade. Os pais amam os filhos como o seu amor, como o seu ser substancial. E Kierkegaard sublinha: todo o verdadeiro amor repousa no facto de que cada um se ama no terceiro. A criança encarna a perpetuidade do amor e, ao mesmo tempo, é frequentes vezes a própria condição desta perpetuidade. Sendo assim, o casamento, enquanto comunhão de vida e amor, não é possível senão entre duas pessoas de sexo diferente. Não só pela razão de só estas poderem procriar, como também pelo facto de só entre um homem e uma mulher haver possibilidade de uma completude. Em termos de cada um encontrar no outro as características que lhe faltam, e assim constituírem uma unidade que tenda para a perfeição e para a totalidade.

Portanto, se os cônjuges forem do mesmo sexo, o casamento é inexistente (art. 1628.º, al. e)). Não há, porém, que confundir a identidade de sexos, com a impotência de uma das partes.

Não se ocupou a lei do caso da transsexualidade que só muito recentemente tem sido considerada um problema normativo.

Suponhamos que um trans-sexual casado se submete a uma operação cirúrgica de que resulta mudança de sexo.

Neste caso há logo a considerar a hipótese de se verificar um dos pressupostos de divórcio. Com efeito, a operação pode ter sido realizada sem o consentimento do outro cônjuge, em termos de revelar violação do dever de respeito perante aquele. Só assim não será se o trans-sexual tinha motivos sólidos para proceder a essa operação, sendo, portanto, irrelevante a falta de consentimento do outro cônjuge.

De qualquer modo, e se o facto for reconhecido por sentença judicial, o casamento do trans-sexual torna-se inexistente (independentemente de haver ou não causa de divórcio). E é inexistente em virtude de se tratar de um casamento entre pessoas do mesmo sexo. Não é uma inexistência originária, como no caso do casamento ser celebrado entre duas pessoas do mesmo sexo; é uma inexistência superveniente, em virtude de, depois da celebração do casamento, os cônjuges virem a ficar com o mesmo sexo. Deve sublinhar-se que esta inexistência, como qualquer outra, pode ser invocada por qualquer pessoa, a todo o tempo e independentemente de declaração judicial. Produzindo o casamento do trans-sexual todos os seus efeitos a partir da data em que foi celebrado, até à do trânsito em julgado da sentença que reconheceu a mudança do sexo.

Este regime parece ser o mais adequado porque, sendo a heterossexualidade no casamento um ponto que releva do interesse público, não se pode deixar à vontade dos cônjuges a dissolução do vínculo conjugal, através do divórcio, no caso de mudança de sexo de um deles.

1.3 – O casamento como negócio pessoal

O casamento é um negócio pessoal em duplo sentido.

Primeiro, porque se destina a constituir uma relação familiar, a influir no estado dos nubentes.

Além disso, o casamento é um negócio pessoal, por só poder ser concluído ou celebrado pessoalmente, não admitindo a representação. Trata-se, este último, de um ponto que desenvolverei mais tarde.

1.4 – O casamento como negócio solene

O casamento, tanto o civil como o católico, é um negócio solene. Referi oportunamente que esta característica é situada historicamente. Em diversos ordenamentos jurídicos, como, por exemplo, o direito romano, o casamento formava-se por simples consenso.

Note-se que o casamento é um negócio particularmente solene. Enquanto que, para os outros negócios solenes, a forma consiste em simples documento escrito, contendo as declarações de vontade das partes. A forma requerida para a validade (ou mesmo para a existência do casamento), consiste na cerimónia da celebração do acto. E não, propriamente, no documento escrito, assento ou registo, que deve ser lavrado e assinado após a celebração do casamento. Nestes termos, o casamento é um contrato verbal, solene. Com esta formalidade especial, particularmente solene, e com o processo mais ou menos longo que a precede, a lei terá pretendido acentuar a importância do casamento, o seu relevo para os nubentes e para a sociedade; fazendo reflectir aqueles, demorada e profundamente, sobre a sua real vontade de o celebrarem, e sobre a sua capacidade de assumirem os deveres do estado.

2 – CARACTERES DO CASAMENTO COMO ESTADO

2.1 – Unidade

Uma das características do casamento como estado é a unidade ou exclusividade; ou seja: uma pessoa não pode estar casada ao mesmo tempo com mais do que uma. É esta uma característica do casamento católico, bem como do casamento civil, tradicional na nossa civilização.

Quanto ao Direito Civil, a proibição da poligamia ou da poliandria ressalta da alínea c) do art. 1601.º que inclui o casamento anterior não dissolvido no elenco dos impedimentos dirimentes absolutos do casamento.

Quanto às segundas núpcias, estas são admitidas tanto pelo Direito Civil como pelo Direito Canónico, na medida em que a morte dissolve o vínculo matrimonial.

2.2 – Vocação de perpetuidade

Até à introdução do divórcio, a doutrina referia-se ao carácter de perpetuidade do casamento, no sentido de que este só se dissolvia com a morte de algum dos cônjuges.

Contudo, mesmo o Direito canónico admitia e admite causas de dissolução do vínculo independentemente da morte de um dos cônjuges: a dispensa de casamento rato e não consumado, o privilégio paulino e o privilégio petrinio (vd. *supra*). Isto, evidentemente, para além das causas de invalidade do casamento que não põem em causa a sua perpetuidade, na medida em que o casamento declarado nulo é um casamento que nunca existiu.

Para o casamento civil com a adoção do divórcio, e, a perpetuidade transformou-se numa simples tendência, numa vocação, numa característica normal (pelo menos nos princípios jurídicos) do casamento, mas não numa característica absoluta. O casamento celebra-se para a perpetuidade, no sentido de que não é possível apor-lhe um termo ou condição. Mas não é perpétuo na medida em que pode ser dissolvido por divórcio, até mesmo pelo divórcio por mútuo consentimento.

Bibliografia fundamental:

Pereira Coelho, *ob. cit.*, págs. 164-178; Lacroix, *Force et faiblesses de la famille*, Paris, 1950 (?); Hegel, «Principes de la Philosophie de l'Histoire» e «Leçons sur la Philosophie de l'Histoire»; Bergson, *Les deux sources de la morale et de la religion*.

XIII LIÇÃO

O CASAMENTO COMO CONTRATO: REQUISITOS DE FUNDO

INTRODUÇÃO

Na presente lição vou ocupar-me dos requisitos de fundo do casamento como contrato. Do consentimento e da capacidade, referindo a matéria de impedimentos ao casamento. Quanto ao consentimento, não deixarei de acentuar os seus vícios relevantes para efeitos jurídicos.

Será feita referência só ao casamento civil, deixando-se a perfeição do consentimento em matéria de direito canónico para uma lição posterior.

I – O CONSENTIMENTO

1.1 – Características do consentimento

A afirmação, desenvolvida ao longo da história do casamento, da contraturalidade deste, trate-se do casamento religioso ou do casamento civil, tem promovido a defesa do consentimento dos cônjuges como seu fundamento, afirmado a importância e a imprescindibilidade deste requisito, e a particular perfeição que ele deve revestir. Em matéria de casamento não é admissível um casamento sem vontade, no sentido de que não se pode permitir a continuação do casamento sem uma vontade perfeita, livre, esclarecida, dirigida, pelo menos, aos principais efeitos práticos do casamento, à prossecução da comunhão de vida que constitui a sua essência. É, assim, de dar uma importância superior à que é atribuída nos outros negócios jurídicos, ao princípio da vontade. Não atenuando esta por ideias de reponsabilidade ou de confiança.

O consentimento deve ser pessoal, puro e simples, perfeito e livre.

1.1.1 – *Carácter pessoal. O casamento por procuração*

O consentimento deve ser pessoal, no sentido de que há-de ser expresso pelos próprios nubentes, pessoalmente no acto da celebração. A vontade de contrair casamento é estritamente pessoal em relação a cada um dos nubentes (art. 1619.º do Código Civil).

A lei admite, porém, o casamento por procuração, o qual constitui uma excepção, embora de limitado âmbito, ao princípio que acaba de enunciar.

Nos termos do Código de Registo Civil, a procuração para casamento há-de ser outorgada por instrumento público ou por documento escrito e assinado pelo representado com reconhecimento presencial da letra e da assinatura (art. 43.º, 2). Além disso, só um dos nubentes pode fazer-se representar por procurador (arts. 1620.º, 1, do Código Civil, e 44.º, 1, do Código de Registo Civil). Tem de tratar-se de procuração em que se confrim poderes especiais para o acto, se individualize a pessoa do outro nubente e se indique a modalidade de casamento (arts. 1620.º, 2, do Código Civil e 44.º, 2, do Código de Registo Civil).

Note-se que, nos termos do art. 1628.º, d), do Código Civil, o casamento por procuração será inexistente se tiver sido celebrado depois de terem cessado os efeitos da procuração, se esta não foi concedida por quem nela figure como constituinte, ou quando for nula por falta de concessão de poderes especiais para o acto ou designação expressa do outro contraente. E, por força do art. 1621.º, 1, do Código Civil, cessam todos os efeitos da procuração pela sua revogação, pela morte do constituinte ou do procurador ou pela interdição de qualquer deles em consequência de anomalia psíquica. A simples revogação da procuração, independentemente de esta revogação ser levada ao conhecimento do procurador, faz cessar todos os seus efeitos.

Através deste conjunto de medidas, a lei tenta assegurar o mais possível a pessoalidade do consentimento, subordinando a nomeação de um procurador a tão estritas limitações que este é transformado num simples núncio. O procurador para efeito de casamento é um mero representante na declaração. Não pode a vontade do constituinte ser uma vontade incompleta, a preencher pelo procurador. Nestes termos, não bastará a concessão de uma procuração com poderes genéricos para o procurador casar o constituinte; com uma de certas pessoas ou mesmo com uma pessoa a indicar pelo procurador de entre uma generalidade.

Neste quadro, a única dúvida legítima será a de saber se o procurador não poderá recusar-se legitimamente a celebrar o casamento se tiver conhecimento de qualquer circunstância superveniente, em princípio ignorada do constituinte; e que assumia tal relevo que, perante ela, o procurador tenha sérias dúvidas sobre se o constituinte quereria celebrar casamento tendo conhecimento dela.

Se a procuração obrigar o procurador a celebrar o casamento sejam quais forem as circunstâncias, o procurador não se pode recusar

legitimamente a celebrá-lo em virtude da ideia que faça da vontade actual do constituinte. Pode, pelo contrário, ser concedida uma procuração, em termos de nela se referir expressamente a obrigação de o procurador recusar a celebração do casamento verificadas certas circunstâncias, ou alteradas as circunstâncias dele conhecidas. Neste caso, o procurador deixa de ser um simples núncio, para se transformar num representante, embora com poderes muito limitados. No caso de não resultar da procuração qualquer destes sentidos, parece que a solução a adoptar será a de atribuir ao procurador o poder de recusar a celebração do casamento quando entenda que, perante circunstâncias novas, ou, de qualquer modo, desconhecidas, o constituinte não quereria celebrar o casamento. É a que mais de coaduna com o relevo que é atribuído ao consentimento em matéria de matrimónio, e com a desmedida importância deste no plano pessoal e social, a não permitir casamentos inquinados por qualquer espécie de imperfeição no consentimento.

1.1.2 – *Carácter puro e simples do consentimento*

O consentimento deve ser puro e simples: não pode ser aposta ao casamento uma condição ou um termo (art. 1618.º, 2, do Código Civil). Qualquer cláusula deste tipo deve considerar-se não escrita por força do art. 1618.º, 2, do Código Civil. Portanto o casamento celebrado nestes termos será válido como se tivesse sido puro e simples o consentimento prestado.

A favor do carácter puro e simples do consentimento pode invocar-se a dignidade deste, afectando profundamente o estado dos nubentes, em termos de não poder ser um contrato temporário.

1.2 – *Perfeição do consentimento*

O consentimento deve ser perfeito, em duplo sentido: devem ser concordantes uma com a outra as duas declarações de vontade que o integram; e, também, em cada uma dessas declarações de vontade deve haver concordância entre a vontade e a declaração.

Esta concordância é presumida pela lei, pois o art. 1634.º conside-
dera que a declaração de vontade no acto da celebração constitui presunção de que os nubentes quiseram contrair o matrimónio.

Pode, porém, acontecer que haja divergência entre a vontade declarada e a vontade real. Neste caso, o problema é o de saber se o declarante fica vinculado à declaração que prestou ou à sua vontade real.

A divergência entre a vontade e a declaração está prevista no art. 1635.º do Código Civil, que enumera diversas hipóteses em que o casamento pode ser anulado por falta de vontade. Deve entender-se que esta enumeração é taxativa, só sendo anulável o casamento nos casos que se integrem em qualquer uma destas factuais típicas (art. 1627.º do Código Civil).

1.2.1 – O casamento simulado. Referência ao erro na declaração

Têm sido simulados casamentos para obter a nacionalidade de um dos cônjuges, suceder no direito ao arrendamento para habitação, adquirir uma licença de trabalho, etc. Pergunta-se se o casamento assim celebrado é válido. A solução da invalidade foi a consagrada pelo Código Civil no art. 1635.º, I, d).

A anulação pode ser requerida pelos próprios cônjuges ou por quaisquer pessoas prejudicadas com o casamento (art. 1640.º, I) dentro dos três anos subsequentes à sua celebração ou, se o casamento era ignorado do requerente, nos seis meses seguintes à data que dele teve conhecimento (art. 1644.º). A invocação do vício do casamento pelos próprios cônjuges justifica-se, e bem, pela importância que o consentimento, e um consentimento perfeito, têm na celebração do casamento.

A anulação do casamento simulado, tal como a nulidade dos negócios jurídicos em geral, não pode ser oposta a terceiros que tenham acreditado de boa fé na validade do casamento (art. 243.º do Código Civil).

As hipóteses de erro na declaração têm interesse sobretudo académico, sendo largamente desprovidas de interesse prático.

Pode faltar ao declarante a vontade de acção, a vontade da acção como declaração, e haver um simples caso de desvio na vontade negocial.

No caso de faltar ao declarante a própria vontade de acção (o casamento foi celebrado por um dos nubentes em estado de sonambulismo) ou a vontade da declaração (um dos nubentes respondeu afirmativamente, não à pergunta do sacerdote, mas sim a uma pergunta de

outro dos presentes), o casamento é anulável nos termos do art. 1635.º, a) o que vai contra a regra do art. 246.º segundo a qual a declaração não produz qualquer efeito nestas hipóteses.

Se tiver havido um simples desvio na vontade negocial, em termos do declarante executar voluntariamente o comportamento declarativo, querendo realizar um negócio jurídico, mas não o casamento, o casamento é anulável. Anulável a requerimento do nubente cuja vontade faltou (art. 1640.º, 2), podendo a acção ser continuada pelos seus parentes, afins na linha recta, herdeiros ou adoptantes se o autor falecer na pendência da causa, dentro dos três anos subsequentes à celebração do casamento ou, se este era ignorado do requerente, nos seis meses seguintes à data que dele teve conhecimento (art. 1644.º).

Esta hipótese é dificilmente verificável na prática. A não ser, como erro acerca da identidade física do outro nubente ou, eventualmente por um dos nubentes supor que o casamento civil só valia como simples promessa de casamento. Ou um dos nubentes queria que o casamento católico tinha de ser seguido necessariamente do casamento civil, único apto a produzir efeitos jurídicos.

1.3 – Liberdade do consentimento

O consentimento deve ser livre, liberdade que a lei também presume (art. 1634.º do Código Civil). Para que o consentimento seja livre, é preciso que a vontade dos nubentes tenha sido formada com exacto conhecimento dos efeitos do contrato que vão celebrar, ou seja, do conteúdo do estado de casado. É, além disso, necessário que se tenha formado com liberdade exterior, sem pressão de violências ou ameaças. O primeiro aspecto integra-se na doutrina do erro; o segundo na doutrina da coacção.

Não assumem, assim, relevo, no casamento, nem o dolo nem o estado de necessidade.

A irrelevância do dolo tem sido sustentada com base na ideia de que, em casamento, engana quem pode; assim, dar relevância ao dolo seria, na prática, permitir a anulação da maior parte dos casamentos. Trata-se de uma justificação muito superficial, esta, que não corresponde à realidade. Aliás, a irrelevância do «dolos bonus» já resultaria do art. 253.º, 2. Há que justificar, com segurança, a irrelevância do

«dolus malus». Porque motivo este não releva autonomamente, a não ser integrado na teoria do erro.

Julgo que aqui o legislador foi demasiadamente influenciado por uma certa ideia de protecção ao casamento, de garantia de permanência dos casamentos «validamente» celebrados. Isto, a despeito da importância cada vez maior que deve ser atribuída, à teoria da vontade.

Quanto ao estado de necessidade, este só releva no casamento na hipótese do art. 1638.º, n.º 2, do Código Civil, que a lei integra na teoria da coacção e sujeita ao respectivo regime: alguém, ilicitamente, obtém do nubente a declaração de vontade matrimonial mediante a promessa de o libertar de um mal fortuito ou causado por outrem.

A ideia atrás apontada de protecção ao casamento leva a que, como vamos ver imediatamente, o erro e a coacção, para relevarem em matéria matrimonial, estejam sujeitos a requisitos mais apertados do que na Teoria Geral do Direito Civil.

1.3.1 – Erro

Segundo o art. 1636.º do Código Civil o erro tem de recair sobre a pessoa com quem se realiza o casamento e versar sobre uma qualidade essencial desta. Associando estas condições especiais de relevância do erro, em matéria matrimonial, às condições gerais da Teoria Geral do Direito Civil, verificamos que a relevância do erro no casamento depende dos seguintes pressupostos: deve recair sobre qualidade essencial da pessoa do outro cônjuge; ser próprio; desculpável; e que a circunstância sobre a qual o erro versou tenha sido determinante da vontade de contrair casamento.

De entre as qualidades essenciais, podemos referir, a título de exemplo, o estado civil ou religioso do outro cônjuge, os seus costumes desonrosos, a impotência, deformidades físicas graves, doenças transmissíveis por herança ou contagiosas, etc.

O erro não há-de recair sobre qualquer requisito legal de existência ou validade do casamento (erro próprio). Assim, se um dos cônjuges ainda era casado, e o outro pensava que ele era divorciado, o erro será impróprio. O casamento será anulável em virtude da existência de um impedimento.

O erro deve ser desculpável (art. 1686.º): aquele em que não teria caído uma pessoa normal, perante as circunstâncias do caso, não pode ser invocado como pressuposto da invalidade do casamento.

Basta que o erro tenha sido essencial para o declarante na formação da sua vontade. Suponha-se que um dos nubentes casou por estar na «convicção razoável de que o outro era historiador ou bom cozinheiro. E não teria casado de outro modo. Constituindo o casamento uma comunhão de vida perpétua é necessário que os cônjuges se conheçam bem e se queiram tal como são. Assim, qualquer erro deve ser severamente controlado e sancionado. A não ser que o declarante se tenha motivado por razões fúteis. Mas, neste caso, não será o declarante imaturo por se casar?

1.3.2 – Coacção

O art. 1638.º permite a anulação do casamento com fundamento em coacção. Entendendo-se por coacção, vício da vontade, o receio ou temor ocasionado no declarante pela cominação de um mal, dirigido à sua própria pessoa, honra, ou fazer da ou à de um terceiro.

Nos termos do art. 1638.º, 1, é anulável o casamento celebrado sob coacção moral, desde que seja grave o mal com que o nubente foi ilicitamente ameaçado e justificado o receio da sua consumação.

Acentue-se que a coacção é relevante mesmo que a ameaça vise interesses patrimoniais e, quando tiver como objecto terceiro, seja qual for a relação entre esse terceiro e o declarante coagido.

Em matéria de casamento, não se distingue entre as hipóteses de a coacção provir do outro contraente ou de um terceiro, ao contrário do que faz a Teoria Geral do Direito Civil. É relevante em qualquer dos casos e nos mesmos termos.

1.3.3 – Regime da anulabilidade por erro e coacção

Quando verificados os pressupostos típicos do erro ou da coacção, o casamento é anulável nos termos do art. 1631.º, al. b) do Código Civil. A acção de anulação pode ser intentada pelo cônjuge enganado ou coacto, podendo prosseguir nela os seus parentes, ou

afins na linha recta, herdeiros ou adoptantes, se o autor falecer na pendência da causa (art. 1641.º do Código Civil), dentro dos seis meses subsequentes à cessação do vício (art. 1645.º do Código Civil). A anulabilidade é sanável mediante confirmação (art. 288.º do Código Civil). Confirmação que pode ser expressa ou tácita.

2 – CAPACIDADE

Atenta a importância pessoal e social do casamento, a lei pretende que os casamentos celebrados o sejam entre pessoas com capacidade para o fazerem. E não se limita a deixar a averiguação das capacidades para um momento posterior à celebração do casamento, com a consequente declaração de invalidade deste. Estabelece um rigoroso procedimento de averiguação das incapacidades, anterior ao casamento, de modo a que só se case quem for capaz, e casamentos celebrados não sejam dissolvidos por incapacidade dos cônjuges.

Além disso, as incapacidades em matéria de casamento são diferentes das incapacidades da generalidade dos outros negócios jurídicos. Isto deriva dos especiais fins do casamento, que contêm com os mais diversos aspectos da vida dos cônjuges, com as suas qualidades pessoais, o que justifica o estabelecimento de especiais incapacidades que não têm igual na generalidade dos negócios jurídicos. Por outro lado, o interesse com que a lei trata o casamento, contrato da maior importância social, leva a que a lei não estabeleça, para o casamento, certas incapacidades negociais admitidas para os negócios jurídicos, e não sancione com invalidade a infração de todas as proibições legais de contrair casamento. Mas, pretendendo a lei que não se mantenham casamentos celebrados com violação particularmente grave da lei, certas anulabilidades em matéria matrimonial estão sujeitas a um regime particularmente severo, nomeadamente quanto às pessoas que as podem invocar, por causa dos interesses públicos subjacentes.

Em resumo direi que a lei pretende rodear de especiais precauções a celebração dos casamentos quanto à capacidade dos nubentes. Nesta ordem de ideias, estabelece um procedimento particularmente rigoroso e prévio de averiguação das incapacidades. Atentos os fins do casamento, são estabelecidas incapacidades diferentes das da generali-

dade dos negócios jurídicos, e, em certos casos, é previsto um regime mais severo de invalidade.

Contudo, como a lei pretende rodear de estabilidade o casamento e promover a sua celebração, há certos casos de violação de normas legais que firm incapacidades que não são sancionadas, ou não o são nos termos severos em que o seriam nos negócios jurídicos em geral. E certas incapacidades da Teoria Geral do Direito Civil não encontram reflexo em matéria de direito matrimonial.

As incapacidades matrimoniais são geralmente designadas por impedimentos matrimoniais, na medida em que impedem a celebração do casamento.

A lei distingue (arts. 1601.º, 1602.º e 1604.º do Código Civil) entre impedimentos dirimentes e simplesmente impeditivos. Os primeiros implicam a anulação do casamento que tenha sido contraído apesar da sua existência (art. 1631.º, al. a)); os segundos aplicam outras sanções menos rigorosas do que a anulabilidade.

Outra classificação é a que distingue entre impedimentos absolutos e relativos. Os primeiros, são verdadeiras incapacidades, pois se fundam numa característica da pessoa, impedindo-a de casar seja com quem for. Os segundos, são ilegitimidades que se fundam numa relação da pessoa com outra ou outras e só lhe proibem o casamento com essa ou essas pessoas.

Os impedimentos também podem ser divididos entre dispensáveis e não dispensáveis, admitindo os primeiros, e não os segundos, dispensa. Sendo dispensa o acto pelo qual uma autoridade, atendendo às circunstâncias do caso concreto, autoriza o casamento nesse caso, não obstante a existência de determinado impedimento.

Também já referi a distinção entre impedimentos do Direito Civil e do Direito Canónico. Note-se que em direito português, os impedimentos de Direito Civil são também impedimentos à celebração do casamento canónico.

Bibliografia fundamental:

Pereira Coelho, *ob. cit.*, págs. 218-386; Ph. Malaurie e L. Aynès, *Droit Civil. La famille*, por Philippe Malaurie, 1995/1996, págs. 75 e segs.

XIV LIÇÃO

O CASAMENTO COMO CONTRATO (CONTINUAÇÃO) REQUISITOS DE FORMA

INTRODUÇÃO

Referi, na lição anterior, que o casamento é um negócio formal. Dei algumas indicações sobre as vantagens do formalismo negocial e o seu interesse em matéria de matrimónio. Pretende-se vincar, com particular insistência a importância do matrimónio para os nubentes, as suas consequências, a profunda modificação do estado das pessoas que envolve, de modo a fazê-los reflectir, a emitirem declarações de vontade esclarecidas. Igualmente, pretende marcar-se a mudança entre a fase do namoro, ou da promessa de casamento, e o casamento propriamente dito. E com a forma do casamento, forma particularmente *solene*, pretende fugir-se aos perigos da prova testemunhal, sempre falível. Esta finalidade foi particularmente significativa em tempos antigos, nomeadamente na Idade Média, em que mesmo o registo escrito, a existir, mal guardado nos cartórios paroquiais, sujeito a viciações e desaparecimentos, exigia a cobertura de uma cerimónia pública largamente presenciada. As testemunhas, de que hoje não resta vestígios senão através dos padrinhos, eram todas as pessoas que assistiam ao casamento – no caso de matrimónios entre pessoas de elevada importância social, alguns milhares.

Note-se, a este propósito, que em alguns países, os hábitos ainda traduzem reminiscências desta época. Assim, em Espanha, no Brasil, etc., os padrinhos, chamados algumas vezes testemunhas, podem atingir algumas dezenas.

O facto de a forma do casamento não se reduzir a um simples documento escrito, mas se traduzir, antes de mais, numa cerimónia, tem a sua base na liturgia da Igreja Católica. Quando a Igreja se apropriou do Direito do casamento, teve de construir a cerimónia da sua celebração. E esta cerimónia foi, naturalmente, inspirada na Liturgia dos outros sacramentos, como o sacramento do baptismo ou o sacramento da ordem. Que também se traduzem em cerimónias e não em

meros documentos escritos. O casamento civil, no seu aspecto solene, encontra as suas raízes na Liturgia do casamento católico, embora dela se tenha vindo a afastar progressivamente, no sentido de a forma do casamento se vir a reduzir a um documento escrito, assinado pelos nubentes na presença do oficial do Estado.

Nas páginas seguintes começarei pelos requisitos gerais da forma do casamento: processo preliminar, celebração, e registo. Mencionarei as especialidades, referentes aos casamentos urgentes, e ao casamento de portugueses no estrangeiro e de estrangeiros em Portugal.

1 – REQUISITOS GERAIS DE FORMA

1.1 – Processo preliminar

A celebração do casamento é o acto terminal de um procedimento, chamado processo de casamento ou processo preliminar de publicações, que visa obrigar as partes a reflectir no passo importantíssimo que vão dar e a assegurar a conformidade à lei do contrato a celebrar. Dada a importância do casamento para os cônjuges, os seus parentes, filhos e para a sociedade em geral, o legislador pretende prevenir levandades e vícios, mais do que remediá-los depois, com os inerentes custos pessoais e sociais.

O processo preliminar de publicações compete à conservatória do registo civil da área em que um dos nubentes tenha domicílio ou residência estabelecida, pelo menos, nos últimos trinta dias anteriores à data da declaração ou da apresentação do requerimento de instauração do processo de publicações (art. 134.º do Código do Registo Civil).

Os nubentes devem declarar a sua intenção de contrair casamento na conservatória indicada. Tal declaração pode ser prestada, quanto ao casamento católico, pelo pároco competente para a organização do casamento católico (art. 135.º do Código de Registo Civil).

A forma e o conteúdo da declaração vem regulada nos artigos 136.º e seguintes do Código do Registo Civil.

- Segue-se a publicidade da pretensão dos nubentes, que é feita por meio de edital no qual são convocadas as pessoas que conheçam impedimentos a vir declará-los na conservatória (art. 140.º do Código referido).

A existência de impedimentos pode ser declarada por qualquer pessoa até ao momento da celebração do casamento e deve sê-lo pelos funcionários do registo civil logo que tenham conhecimento da sua existência (art. 142.º, 1 do Código do Registo Civil). Perante a decla-

ração de um impedimento, o conservador deve fazê-lo constar do processo de casamento, suspendendo o andamento desde até que o impedimento cesse, seja dispensado ou julgado improcedente por decisão judicial (n.º 2).

Findo o prazo das publicações e efectuadas as diligências necessárias, o conservador, no prazo de três dias a contar da última diligência, deve lavrar despacho a autorizar os nubentes a celebrar casamento, ou mandará arquivar o processo, conforme for de Direito (art. 144.º, 1, do Código do Registo Civil). O despacho favorável é notificado aos nubentes (n.º 4).

No caso do despacho favorável, o casamento deve celebrar-se no prazo de noventa dias (art. 145.º do referido Código).

O casamento de menores exige alguns requisitos especiais. Assim, o menor núbil deve obter autorização dos pais detentores do exercício do poder paternal, do tutor, ou obter o seu suprimento (art. 149.º). O consentimento deve ser prestado pessoalmente ou por procurador, devendo revestir uma das formas previstas no artigo 150.º.

1.2 – Celebração do casamento

Os nubentes e o conservador acordarão sobre o dia e hora do casamento (art. 153.º do Código do Registo Civil). A celebração do casamento fora das horas regulamentares e aos sábados, domingos e feriados é facultativa e só pode ter lugar a solicitação dos interessados que deverão invocar motivo atendível pelo conservador.

Devem estar presentes no acto de celebração do casamento os nubentes ou um deles e o procurador do outro, o conservador e podendo estar presentes duas a quatro testemunhas (art. 154.º do Código do Registo Civil). A celebração do casamento é pública e obedece a forma prevista na lei (art. 155.º do Código do Registo Civil). O conservador anuncia que naquele local vai ter lugar a celebração do casamento, lê a declaração inicial, os elementos relativos à identificação dos nubentes e ao seu propósito de contrair o casamento e o despacho final. Se os nubentes forem menores e ainda não tiver sido dado o consentimento dos pais ou do tutor, nem suprida essa autorização, o conservador pergunta às pessoas que o podem prestar se o concedem, suspendendo a realização do acto se não for concedido. Em seguida, o

conservador interpela as pessoas presentes para que declarem se conhecem algum impedimento à celebração do casamento. Não sendo declarado qualquer impedimento, e depois de uma explicação sobre os efeitos do casamento, o conservador pergunta a cada um dos nubentes se aceita o outro por consorte; cada um destes reponderá afirmativamente, com palavras previstas na lei. O conservador declarará os nubentes unidos pelo casamento.

1.3 – Registo do casamento

O registo do casamento é obrigatório, no sentido de que se trata da única prova legalmente admitida do matrimónio que, sem ela, não pode ser invocado, quer pelas pessoas a quem respeita, quer por terceiros. O registo faz prova plena de todos os factos nele contidos, não podendo a prova resultante do registo civil quanto aos factos a ele sujeitos e ao correspondente estado civil, ser ilidida por qualquer outra, excepto nas acções de estado e nas de registo (artigos 1.º a 4.º do Código de Registo Civil, e 261.º e 262.º do Código Civil).

O registo do casamento pode ser lavrado por inscrição (artigo 52.º, e) do Código do Registo Civil), ou por transcrição (artigo 53.º b), c) e d) do Código de Registo Civil). O casamento civil tem o registo lavrado por inscrição no livro próprio da Conservatória.

Os assentos de casamento urgente e de casamento celebrado no estrangeiro perante as autoridades legais competentes e os assentos de casamento admitidos a registo nos termos do n.º 4 do artigo 6.º do Código do Registo Civil, são lavrados por transcrição.

O assento de casamento deve ser lavrado, lido e assinado logo após o acto de celebração (artigo 180.º do Código de Registo Civil).

O registo não é constitutivo, não se tratando de uma formalidade «ad substantiam», necessária para a existência ou validade do acto, mas só uma formalidade «ad probationem», embora a única legalmente admitida. Nestes termos, os efeitos do casamento não se produzem só desde a data do registo, mas desde a data da celebração do acto (artigos 1670.º do Código Civil e 188.º do Código de Registo Civil).

Contudo, são ressalvados, nos termos dos artigos 1670.º do Código Civil e 188.º do Código de Registo Civil, os direitos de terceiros, compatíveis com os direitos e deveres de natureza pessoal dos

cônjuges e dos filhos. Abre-se uma excepção: se a transcrição do casamento católico celebrado em Portugal tiver sido efectuada dentro dos 7 dias subsequentes à celebração do acto, neste caso a transcrição tem efeitos retroactivos, mesmo em relação a terceiros.

2 – ESPECIALIDADES

2.1 – Referências aos casamentos urgentes

Os casamentos urgentes (artigos 1622.º do Código Civil e 156.º do Código de Registo Civil), são aqueles celebrados quando haja fundado receio de morte próxima de algum dos nubentes. O casamento é celebrado independentemente de processo de publicações e sem intervenção do funcionário do Registo Civil.

As formalidades reduzem-se a uma proclamação oral ou escrita, feita à porta da casa onde se encontrem os nubentes, pelo funcionário do registo civil, ou, na falta dele, por qualquer das pessoas presentes, de que se vai celebrar o casamento (artigo 156.º, a)). A celebração do casamento reduz-se às declarações expressas de consentimento de cada um dos nubentes perante quatro testemunhas, duas das quais não poderão ser parentes sucessíveis dos nubentes (alínea b)).

Deve redigir-se uma acta de casamento em seguida à celebração do mesmo (alínea c)), assinada por todos os intervenientes que saibam e possam escrever, desde que não seja possível lavrar imediatamente no livro próprio o assento provisório. Na acta devem referir-se as circunstâncias especiais da celebração.

Com base nesta acta, o conservador lavrará imediatamente ou, se isso não for possível, dentro das 48 horas seguintes, um assento provisório do casamento, o qual deve ser lavrado por transcrição e assinado, pelo menos, por duas das testemunhas presentes no acto da celebração (artigo 157.º). No assento provisório, para o qual é competente a Conservatória em cuja área foi celebrado o casamento, mencionar-se-ão as circunstâncias especiais da celebração e os nomes completos de todos os intervenientes (artigos 157.º e 158.º do Código de Registo Civil).

Se não tiver ainda decorrido o processo de publicações, o funcionário organiza-lo-á officiosamente, de modo a concluí-lo nos 30 dias subsequentes à data do assento provisório, e declarará se homologa ou não o casamento (artigos 1623.º, 2.º do Código Civil e 159.º, do Código de Registo Civil). Se o processo preliminar estiver organizado e concluído, o conservador proferirá despacho final no prazo de três dias a contar da data do assento provisório (artigo 159.º, 3.º).

O casamento não deve ser homologado se não se tiverem verificado os requisitos legais que permitem que seja celebrado o casamento urgente, e se não tiverem sido observadas as formalidades impostas pelos artigos 156.º e 157.º (artigos 1624.º do Código Civil e 160.º do Código de Registo Civil); se houver indícios sérios de serem supostos ou falsos esses requisitos ou formalidades; se o casamento tiver sido contraído com algum impedimento dirimente; e se o casamento tiver sido considerado como católico pelas autoridades eclesiásticas e como tal se encontrar transcrito. O casamento urgente não homologado é juridicamente não existente (artigo 1628.º, b), do Código Civil).

Recusada a homologação, e uma vez transitado em julgado o despacho do conservador, o assento provisório será cancelado (artigo 160.º, 2.º do Código de Registo Civil), sendo os interessados notificados da não homologação. Os cônjuges, os seus herdeiros e representantes e o Ministério Público podem recorrer para o Juiz do despacho que negue a homologação (artigos 1624.º, 3.º do Código Civil e 292.º, 1.º do Código de Registo Civil), nos 8 dias seguintes à notificação do despacho referido (artigo 292.º, 2.º do Código de Registo Civil).

Os casamentos urgentes consideram-se sempre celebrados no regime de separação de bens (artigo 1720.º, 1.º, a)).

2.2 – Casamento de portugueses no estrangeiro e de estrangeiros em Portugal

O regime que descrevi até agora refere-se só ao caso de ambos os nubentes serem portugueses e o casamento se celebrar em Portugal. Passo a considerar o casamento de portugueses no estrangeiro e de estrangeiros em Portugal (artigos 161.º e seguintes do Código de Registo Civil).

O casamento contraído no estrangeiro entre dois portugueses ou entre português e estrangeiro, pode ser celebrado por três formas:

perante os ministros do culto católico; perante os agentes diplomáticos ou consulares portugueses, na forma estabelecida pela lei civil; perante as autoridades legais competentes, na forma prevista pela lei do lugar da celebração. De qualquer modo, deverá haver sempre o processo de publicações, salvo nos casos em que a lei permita celebração do casamento com dispensa do processo.

O processo preliminar incumbe aos agentes diplomáticos ou consulares portugueses, ou pela conservatória do registo civil competente para o feito. Mas o português, residente em Portugal, se pretender casar no estrangeiro, poderá requerer a passagem de certificado de capacidade matrimonial mediante a organização do processo de publicações (artigo 163.º).

O casamento católico contraído no estrangeiro entre portugueses ou entre português e estrangeiro, é havido como católico, seja qual for a forma legal de celebração do casamento segundo a lei local (artigo 51.º, 3.º do Código Civil); deve ser transcrito, com base no assento paroquial, no livro próprio da Conservatória competente. A transcrição pode ser recusada nos mesmos termos em que o pode ser a transcrição do casamento católico celebrado em Portugal.

O registo do casamento celebrado perante os agentes diplomáticos ou consulares portugueses, é lavrado por inscrição no livro próprio do consulado, devendo o Cônsul enviar à Conservatória competente, no prazo de 15 dias, o duplicado do assento do casamento, para ser integrado esse assento no livro próprio daquela conservatória.

Se o casamento for celebrado pela forma prevista na lei do lugar da celebração, perante as autoridades locais competentes, será registado por transcrição no livro próprio do consulado, do documento comprovativo do casamento, passado de harmonia com a mesma lei; ou então, directamente na conservatória dos registos centrais, em face de qualquer dos documentos referidos nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 187.º.

O casamento de estrangeiros em Portugal (artigos 165.º e 166.º do Código de Registo Civil), pode ser celebrado segundo as formas e nos termos previstos no Código de Registo Civil, ou segundo a forma e nos termos previstos na lei nacional de qualquer dos nubentes, perante os respectivos agentes diplomáticos ou consulares, desde que igual competência seja reconhecida pela mesma lei aos agentes diplomáticos e consulares portugueses (artigos 51.º, 1.º do Código Civil e 165.º do Código de Registo Civil).

No primeiro caso, deverão os nubentes instruir o processo preliminar com certificado de capacidade matrimonial, passado pela entidade competente do país de que sejam nacionais.

Os brasileiros que se encontrem abrangidos pelo estatuto de igualdade de direitos e deveres estão dispensados de certificado de capacidade matrimonial, desde que domiciliados em Portugal.

Bibliografia fundamental:

Pereira Coelho, *ob. cit.*, págs. 299 a 329.

XV LIÇÃO

INVALIDADE DO CASAMENTO

INTRODUÇÃO

O regime da invalidade do casamento apresenta diferenças notáveis em relação ao regime geral da invalidade dos negócios jurídicos.

Nos negócios jurídicos em geral, a invalidade analisa-se em três graus: inexistência, nulidade e anulabilidade.

Contudo, em Direito matrimonial civil não há nulidade do matrimônio, mas só anulabilidade. Por outro lado, a categoria da inexistência dos negócios jurídicos, que levanta sérias dúvidas em sede de teoria geral, é admitida expressamente em direito matrimonial.

1 – INEXISTÊNCIA DO CASAMENTO

1.1 – Casos de inexistência

Os casos de inexistência são os previstos no art. 1628.º do Código Civil: casamentos celebrados por quem não tenha competência funcional para o acto; celebrados entre pessoas do mesmo sexo; ou em que falta declaração de vontade dos nubentes ou de um deles.

Note-se, todavia, que o casamento celebrado perante funcionário de facto, não só não é inexistente, como nem sequer é anulável (art. 1629.º do Código Civil). Entendendo-se por funcionário de facto aquele que, sem ter competência funcional para o acto, exercia publicamente as correspondentes funções.

O casamento inexistente não produz quaisquer efeitos, sequer putativos, podendo a inexistência ser invocada a qualquer tempo, e por qualquer interessado, independentemente de declaração judicial (art. 1630.º do Código Civil).

1.2 – Justificação da categoria de inexistência do matrimónio

A doutrina da inexistência surgiu imposta por necessidades práticas à dogmática jurídica. O Código Civil francês não tinha incluído o consentimento e a diversidade de sexo entre as condições de validade do casamento. Talvez por considerar que se tratava de elementos tão naturais e tão essenciais que era dispiciendo de interesse fixá-los, por serem evidentes, sendo contrário à própria noção de casamento considerar válidos os que fossem celebrados faltando alguma daquelas condições. Contudo, a doutrina francesa e a jurisprudência, colocadas perante casamentos a que tinha faltado o consentimento ou a diversi-

dade de sexos, sentiu-se na necessidade de criar uma teoria nova para sancionar com a invalidade tais negócios. Não pôde recorrer à nulidade em virtude do velho axioma de que não há nulidade sem texto. Assim não foi possível declarar nulos os casamentos em que faltasse qualquer daqueles requisitos. Não sendo os casamentos nulos assentou-se em que eram inexistentes: não havia razão em declarar nulo um negócio que nunca existiu (Pires Lima).

A partir daqui, a categoria da inexistência do casamento veio impor-se na doutrina e na jurisprudência dos diversos ordenamentos jurídicos mais ligados ao Direito francês. E introduziu-se no Código Civil de 1966 como acabei de referir.

Como razões substanciais a favor da inexistência os autores indicam normalmente duas (Pereira Coelho).

A primeira, é a de que algumas vezes o casamento é atingido por vícios tão graves, que o regime da anulabilidade parece insuficiente. Com efeito a anulabilidade não pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal e só pode ser invocada por certo círculo de pessoas e dentro de determinado prazo. Não se pode aceitar que certos casamentos possam valer por se não verificarem os pressupostos legais da sua anulabilidade.

Por outro lado, os casamentos anuláveis, ainda produzem alguns efeitos, os efeitos putativos previstos nos artigos 1647.º e 1648.º do Código Civil. Não é de aceitar que casamentos celebrados por exemplo entre pessoas do mesmo sexo produzam esses efeitos.

2 – ANULABILIDADE DO CASAMENTO. O CASAMENTO PUTATIVO

2.1 – Anulabilidade do casamento

O art. 1627.º do Código Civil consagra o princípio “não há nulidade sem texto”, ou seja o princípio da tipicidade das causas de nulidade: não há nulidades tácitas mas só expressas, fixando a lei taxativamente o seu elenco. Todos os casamentos que a lei não diga que sejam nulos, devem considerar-se válidos.

Os casos de anulabilidade são, pois, exclusivamente, os referidos no art. 1631.º:

Os casamentos contraídos com impedimento dirimente (falta de idade nupcial, demência notória, interdição ou inabilitação por anomalia psíquica, casamento anterior não dissolvido, parentesco na linha recta, parentesco no segundo grau da linha colateral, afinidade na linha recta e condenação por homicídio).

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

Os casamentos em que tenha havido vício da vontade juridicamente relevante – erro de vício e coacção moral.

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

A anulabilidade não opera «ipso iure» (art. 1632.º), só podendo ser proposta por certas pessoas (art. 1639.º e 1642.º) e dentro de certos prazos (arts. 1643.º e 1646.º); a anulabilidade pode ser sanada em determinadas condições (art. 1633.º).

Fixadas estas regras gerais há que distinguir diversos regimes de anulabilidade, distintos segundo certas especialidades.

Quando os casamentos são contraídos com impedimentos dirimíveis, tanto os cônjuges como os seus parentes em linha recta ou até ao quarto grau da linha colateral, herdeiros e adoptantes, bem como o Ministério Público, podem propor a acção de anulação. Isto em virtude de se tratar do interesse público em que se não mantêm casamentos celebrados nestas condições.

Ainda dentro desta categoria, há situações em que o motivo da anulabilidade é temporário. A lei admite que a anulabilidade seja sanada, fixando um certo prazo para a propositura da acção. Ou então não permite que a anulação seja requerida depois de ter desaparecido o motivo da anulabilidade. Verifica-se este regime quando o casamento é celebrado apesar dos impedimentos de falta de idade nupcial, demência notória, interdição ou inabilitação por anomalia psíquica, e casamento anterior não dissolvido.

Noutras situações, o motivo da anulabilidade é permanente. Portanto, a lei não permite que seja sanada a anulabilidade podendo esta ser arguida em prazo muito mais longo. São os casos de o casamento ter sido celebrado com os impedimentos de parentesco ou afinidade em linha recta, parentesco no segundo grau da linha colateral e condenação por homicídio. Note-se, quanto a este último caso, que, embora a lei não permita que a anulabilidade seja sanada, se marca um prazo relativamente curto, de três anos a contar da celebração do casamento, para a propositura da acção.

Outras situações há, em que só o Ministério Público pode propor a acção de anulação, dado que só está em causa o interesse público, e não também o dos cônjuges e das suas famílias: o casamento foi celebrado sem a presença de testemunhas.

Noutras situações a anulabilidade visa só proteger o interesse de um dos cônjuges. Portanto, só esse cônjuge pode requerer a anulação. Trata-se dos casos de incapacidade accidental ou de outra causa que determine a falta de consciência do acto; erro sobre a identidade física do outro cônjuge; coacção física; erro vício; e coacção moral. Valerá aqui um regime semelhante ao da anulabilidade dos negócios jurídicos em geral.

Sobre a simulação rege o n.º 1 do art. 1640.º. Aqui intervem também o interesse das pessoas prejudicadas com o casamento.

2.2 – Casamento putativo

Nos termos do art. 1647.º do Código Civil, o casamento, católico ou civil, produz efeitos apesar da declaração de nulidade, quanto ao casamento católico ou da anulação quanto ao casamento civil.

Com efeito, a aplicação ao casamento declarado nulo ou anulado das normas respeitantes dos negócios jurídicos em geral, levaria a resultados considerados inconvenientes. Assim os filhos nascidos no casamento considerar-se-iam nascidos fora dele, pelo que não se lhes seria aplicável a presunção de paternidade do art. 1826.º, 1, o que lhes acarretaria graves inconvenientes. As convenções antenupciais caducariam, o que poderia trazer consequências particularmente graves não só para os cônjuges, como sobretudo para terceiros. Assim, os actos celebrados por um dos cônjuges, nos quadros do regime de bens proveniente da convenção antenupcial, poderiam ser declarados nulos ou ineficazes com graves prejuízos para terceiros. De um modo geral, o casamento seria tratado como uma união de facto, com reduzidos efeitos jurídicos.

O instituto do casamento putativo visa afastar os inconvenientes para os cônjuges, para os filhos e para terceiros da declaração de nulidade ou da anulação do casamento. A lei considera justo que o casamento inválido produza apesar disso certos efeitos, variáveis conforme se trate de proteger terceiros, os filhos ou os cônjuges, e dependentes da boa fé em que cada um deles se encontre.

Os efeitos que a lei atribui ao casamento inválido são pelo menos, parte dos que este produziria se tivesse sido válido. Trata-se, no dizer de Pires de Lima, de um facto material que se revela pela aparência de um casamento e a que a lei atribui efeitos análogos aos desse acto.

A produção de efeitos pelo casamento inválido depende de três pressupostos.

É necessária a existência de um casamento. Se o casamento for inexistente, já vimos que não produz qualquer espécie de efeito.

O casamento deve ter sido declarado nulo, ou anulado.

Finalmente, exige-se que um dos cônjuges, ou ambos, esteja de boa fé, para que o casamento produza efeitos em relação a eles ou produza efeitos favoráveis ao cônjuge de boa fé e, reflexamente, os produza em relação a terceiros.

Quanto aos filhos, o casamento produz efeitos, mesmo que ambos os cônjuges o tenham contraído de má fé.

O art. 1648.º 3, presume a boa fé dos cônjuges que, consiste na ignorância desculpável do vício causador da nulidade ou da anulabilidade (n.º 1). Trata-se de uma boa fé em sentido subjectivo, mas que a lei alarga ao considerar igualmente de boa fé o cônjuge cujo consentimento tenha sido extorquido por coacção: neste caso a boa fé é objectiva e moral.

A boa fé dos cônjuges deve existir no momento da celebração do casamento, mas só nele (art. 1647.º do Código Civil).

Quanto aos efeitos do casamento putativo, a regra geral é a seguinte: os efeitos já produzidos mantêm-se até ao momento da declaração da nulidade, ou da anulação, mas não se produzem efeitos novos. A declaração de nulidade e a anulação só produzem efeitos desde o momento da sua celebração em termos idênticos ao regime jurídico do divórcio.

Quanto aos cônjuges, se eles estavam de boa fé, o casamento produz, todos os efeitos entre eles até à data de declaração de nulidade ou anulação (art. 1657.º, 1). Assim, se um dos cônjuges praticou actos de administração corrente dos bens comuns do casal, estes actos continuam a estar válidos, mesmo não tendo sido praticado com o consentimento do outro cônjuge.

Se só um dos cônjuges estava de boa fé, o casamento produz em relação a ambos os cônjuges os efeitos que forem favoráveis ao cônjuge de boa fé (art. 1647.º, 2). Nestes termos, se os cônjuges se casaram segundo o regime da comunhão de adquiridos, esta convenção virá beneficiar o cônjuge de boa fé, que terá direito à meação dos bens comuns.

Se ambos os cônjuges estavam de má fé, o casamento não produzirá efeitos em relação a eles.

No que se refere aos filhos, e quer o casamento tenha sido contraído de boa fé ou de má fé pelos cônjuges, produz os efeitos favoráveis aos filhos nascidos no casamento, nomeadamente no que se refere à presunção «pater is est» (art. 1827.º).

Os terceiros que estabeleceram com os cônjuges relações dependentes da validade do casamento, não são objecto de protecção específica e directa pelo instituto do casamento putativo. Só se produzirão em relação a eles, indirecta ou reflexamente, os efeitos decorrentes das

relações entre os cônjuges que se mantêm apesar da invalidade do casamento.

Assim, se ambos os cônjuges estão de boa fé, o casamento inválido, a produzir os seus efeitos em relação aos cônjuges, produz-los também em relação a terceiros, até a sentença de declaração de nulidade ou de anulação (art. 1647.º, 1). Se só um dos cônjuges está de boa fé, o art. 1647.º, 2, distingue: tratando-se de relações entre os cônjuges que vão afectar terceiros (alienação de um bem feita por um dos cônjuges sem o consentimento do outro), os seus efeitos produzem-se ou não, em relação aos cônjuges e, portanto em relação a terceiros, conforme forem favoráveis ou não ao cônjuge de boa fé.

Se as relações se estabelecem directamente entre cada um dos cônjuges e terceiros, e estão dependentes do estado de casado (doação para casamento feita por terceiro a um dos esposados), e na medida em que não se estabelece agora a relação entre os próprios cônjuges, não se produzem quaisquer efeitos entre os cônjuges, e portanto, também, não em relação a terceiros.

Se ambos os cônjuges estão de má fé, e na medida em que o casamento não produz qualquer efeito entre eles, também não os produz consequentemente em relação a terceiros.

Bibliografia fundamental:

Pires de Lima, *O casamento putativo no direito civil português*, 1930; Pereira Coelho, *ob. cit.*, pág. 330 a 351.

XVI LIÇÃO

O CASAMENTO CATÓLICO:
CONSENTIMENTO E CAPACIDADE; FORMA; NULIDADE

INTRODUÇÃO

O casamento católico é, ainda hoje, o escolhido pela maioria dos portugueses que contrai matrimónio. O Direito canónico que o regula é aceite na ordem jurídica portuguesa. É o que acontece quanto à forma, consentimento, capacidade e validade.

I – CONSENTIMENTO. CAPACIDADE. FORMA

1.1 – Introdução

O matrimônio, como contrato, tem três requisitos fundamentais: a capacidade jurídica de ambos os sujeitos contratantes, nomeadamente a ausência de impedimentos (can. 1057, § 1 e 1073); um consento válido de ambos os cônjuges (can. 1057); a observância da forma canônica (can. 1108 segs.).

1.2 – Consenso

O consenso é o elemento constitutivo do matrimônio: “Nuptias consensus facit” (can. 1057, §1). Define-se como o acto de vontade com o qual o homem e a mulher se dão e se aceitam com um pacto irrevogável, para constituir o matrimônio; ou seja: a íntima comunidade de vida e de amor ordenada à procriação e à educação de prole e, ao mesmo tempo, à mútua integração e aperfeiçoamento dos sujeitos contratantes (can. 1057, § 1 e 2).

As causas que provocam a nulidade do consenso matrimonial, são os seguintes: – *nulidade por falta de consenso*: incapacidade relativa ao consenso; simulação total; violência física – *falta de consenso matrimonial*: falta de discrição de juízo; incapacidade para assumir as obrigações essenciais do matrimônio; simulação parcial; erro sobre a natureza ou essência do matrimônio e erro sobre a pessoa ou a sua identidade; – *vício do consenso*: temor; erro sobre as qualidades da pessoa; condição de pretérito ou de presente.

Há que desenvolver algumas matérias de maior importância.

1.2.1. — Falta ou inadequação da discrição de juízo

Não basta que o sujeito possua um uso suficiente da razão; é necessário que tenha uma adequada maturidade psicológica (can. 1095, 2). Esta maturidade, ou discrição do juízo, deve ser ordenada ao matrimônio como acto de especial gravidade e empenho e irrevogável. Os cônjuges devem poder apreciar suficientemente os deveres e direitos matrimoniais essenciais.

É necessário que este defeito seja grave.

Aqui se integra, por ex., a imaturidade afectiva que impede o estabelecimento de relações interpersonais baseadas no amor.

1.2.2.1 — A incapacidade de assumir as obrigações essenciais do matrimônio (can. 1095, 3)

Trata-se aqui de uma incapacidade e não de uma mera dificuldade. Qualquer causa de natureza psicológica, patológica ou não, se torna o sujeito, embora dotado de suficiente discrição do juízo e de um suficiente uso da razão, incapaz de assumir as obrigações essenciais do matrimônio, com grave prejuízo do consórcio da vida conjugal, comporta por si mesmo a sua incapacidade de contrair um matrimônio válido. Integrar-se-ão aqui, por vezes, psicopatias, oligofrenias, a homossexualidade, o transexualismo, etc. Tais incapacidade têm de ser certas, graves, antecedentes ao matrimônio, e perpétuas, ou seja, não transitórias.

As obrigações essenciais do matrimônio, dada a comunhão de vida em que este deve assentar, são numerosas traduzindo-se em relações interpersonais, espirituais, físicas e patrimoniais. Trata-se do "mutuum adiutorium" (can. 1013, §1). Também se integra aqui a recíproca fidelidade e aceitação da prole e a sua educação.

1.2.3 — Ignorância da essência do matrimônio

Para que o matrimônio seja válido, é necessário que os contratantes "ao menos não ignorem" que o matrimônio é uma comunhão heterosexual, íntima de vida, permanente, ordenada por si

mesma à procriação da prole através de relações sexuais. É preciso que os cônjuges não ignorem que o matrimônio é um acto de doação, único e decisivo, irrevogável, que é e quer ser, mútuo e fecundo (João Paulo II, em Discurso aos membros da Rota Romana em 28 de Junho de 1982).

1.2.4 — O temor reverencial

Integra-se o temor reverencial nas causas de nulidade por violência e temor. Significa que se tem receio de suscitar uma grave indignação por parte de pessoas a que se está ligado por laços particulares de amizade ou dependência (pais, superiores, etc.). Tal preocupação deve ser razoável e adequada perante os factos e as circunstâncias concretas. O temor reverencial grave dará origem à nulidade do matrimônio.

Será um temor grave aquele a que está sujeita uma adolescente tímida e impressionável, perante os seus familiares que a pressionam insistentemente para que se case com alguém que ela não aceita. Sucederá que os pais contratem um casamento que, depois, pretendem impor aos filhos.

1.3 — Forma

Antes do Concílio de Trento, a Igreja não prescrevia qualquer forma para a validade do casamento. Em regra, os casamentos eram celebrados perante um sacerdote e testemunhas; mas mesmo clandestinos, sem intervenção do sacerdote ou de testemunhas, eram válidos.

Perante a dificuldade de prova dos matrimônios clandestinos, o Concílio de Trento, através do decreto "Tametsi" de 11 de Novembro de 1563, determina que, sob pena de invalidade, o casamento seja celebrado perante um sacerdote e na presença de, pelo menos, duas testemunhas.

Hoje, a forma do matrimônio é regulada nos cânones 1108 a 1115 do Código de Direito Canónico.

Nos termos do can. 1108, § 2, o sacerdote não se limita a ouvir passivamente as declarações dos esposos, devendo solicitar formalmente o seu consenso em nome da Igreja.

A presença das testemunhas é uma simples... presença: limitam-se a seguir a cerimónia.

Os contraentes devem estar presentes "fisicamente": ou pessoalmente ou por meio de um procurador. Ambos os cônjuges podem fazer-se representar.

A presença deve ser activa, manifestando os nubentes o seu sentimento com palavras, ou com um comportamento expressivo, se não puderem falar.

1.2 - Capacidade

Do casamento católico celebrado em Portugal, já o vimos, tem como pressuposto, não só a capacidade de Direito Civil, como uma capacidade de Direito Canónico.

Os impedimentos do Direito Canónico podem ser de Direito Divino ou de Direito Eclesiástico, dirimentes ou impedientes, absolutos ou relativos, perpétuos ou temporários, públicos ou ocultos. São regulados pelos cânones 1083 e seguintes.

Mas suponhamos que foi celebrado um casamento católico, com observância dos impedimentos de Direito Canónico, mas sem respeitar algum impedimento do Direito Civil. Que fazer?

Estando reservada a apreciação da nulidade dos casamentos católicos às repartições eclesiásticas, a lei civil não pode determinar a nulidade do casamento católico, nem os Tribunais Civis declararem-na. O único recurso será recusar a transcrição do casamento católico. Foi o que a lei determinou.

Contudo, autoriza ou não a transcrição consoante os impedimentos de que se trate. Os impedimentos de menor importância pública, os impedientes, cedem perante o interesse de manter um casamento validamente celebrado perante a Igreja Católica, permitindo-se, portanto, a transcrição do casamento. Pelo contrário, quando se trata de impedimentos dirimentes, fundamentados em interesses públicos de base, já a lei não permite a transcrição do casamento católico que assim não produzirá efeitos civis.

Agora, se o casamento católico foi urgente, tendo sido celebrado sem processo preliminar e passagem de certificado, a lei civil cede ainda mais. Sacrifica os próprios impedimentos dirimentes com ex-

cepção de três: o de falta de idade nupcial, o de interdição ou incapacitação por anomalia psíquica, e o de casamento anterior não dissolvido (art. 1657.º do Código Civil).

Note-se que a apreciação dos impedimentos se refere ao momento da celebração do casamento, o que tem o maior interesse quanto aos impedimentos temporários. Assim, já não se poderá recusar a transcrição, se os impedimentos tiverem desaparecido no momento em que esta foi pedida.

O cânone 1095 considera, como vimos, incapazes de contrair matrimónio por não poderem prestar consentimento válido, os nubentes que careçam do uso suficiente da razão; os que sofram de defeito grave de discrição do juízo acerca dos direitos e deveres essenciais do casamento e ainda os que, por causas de natureza psíquica, não podem assumir as obrigações essenciais do matrimónio.

Incluem-se na primeira categoria, as doenças mentais que revistam carácter permanente ou habitual, bem como as perturbações mentais transitórias. No segundo grupo, situam-se as perturbações que retirem ao sujeito a capacidade crítica, ou seja, a capacidade para ponderar concretamente na prática o casamento que vai celebrar e as obrigações inerentes a ele. Na terceira categoria, as anomalias sexuais ou de carácter psíquico que tomem impossível a comunhão de vida conjugal. Note-se que este ponto, o das causas de natureza psíquica que impedem a assunção das obrigações essenciais do matrimónio, reveste a maior importância. Abandona-se, de algum modo, a rigidez do princípio de que um matrimónio validamente celebrado não pode ser dissolvido por qualquer razão; mais precisamente: passa-se a levar em conta o estado de casado que pode vir a influenciar a própria validade do acto da celebração do casamento. A Igreja entende, «na realidade», que não pode dar cobertura a casamentos incapazes de prosseguirem os seus fins. E embora refira a apreciação da incapacidade dos cônjuges ao momento da celebração do casamento, não é menos certo que essa incapacidade é avaliada com base em factos posteriores a essa celebração. Assim, se um dos cônjuges, depois de casado começou a praticar adultério, tendo-se prolongado esta prática, deverá entender-se que ele é incapaz de assumir o seu dever de fidelidade. Assim como, se um dos cônjuges não tomar a seu cargo a sua parte dos deveres domésticos, da educação dos filhos, etc., deve entender-se que ele não é capaz de realizar a comunhão de vida pressuposta pelo casamento.

Aliando estas incapacidades à relevância alargada que o Código de Direito Canónico atribui ao dolo, apercebe-se uma nova sensibilidade da Igreja perante o estado de casado, perante a possibilidade de um casamento concreto poder efectivamente realizar os seus fins.

1.3 – Forma do casamento em Direito português

O processo preliminar do casamento católico corre na Conservatória do Registo Civil, tal como o processo preliminar do casamento civil. Algumas especialidades há, porém, a salientar.

A primeira consiste no facto de a declaração para casamento também poder ser prestada pelo pároco competente para a organização do respectivo processo canónico (art. 135.º, 2, do Código de Registo Civil).

O pároco perante quem se vai celebrar o casamento católico deve ter o certificado passado pelo conservador em que este declare que os nubentes podem contrair casamento (arts. 146.º e 151.º do Código de Registo Civil).

Porém, quando se trate de casamentos «in articulo mortis», na iminência de parto, ou cuja imediata celebração seja expressamente autorizada pelo ordinário próprio por grave motivo de ordem moral (arts. 1599.º do Código Civil e 151.º, 2, do Código do Registo Civil), o casamento (urgente) pode celebrar-se independentemente do processo de publicações.

Celebrado o casamento, o pároco abre, nos termos gerais, o assento paroquial, de que enviará duplicado à Conservatória.

Diversos dos casamentos de urgência, são os casamentos de consciência que são secretos. Trata-se, normalmente, de casamentos de pessoas que viviam em situação concubinária mas que o público supunha serem casadas. O casamento é secreto para evitar o escândalo que pudesse resultar da celebração pública do acto. Quanto a estes casamentos, os assentos só podem ser transcritos perante certidão de cópia integral e mediante denúncia feita pelo ordinário por sua iniciativa ou a requerimento dos interessados (arts. 1656.º do Código Civil e 169.º, 170.º, do Código de Registo Civil).

Os casamentos católicos contraídos sem precedência do processo de publicações consideram-se sempre contraídos no regime de separação (art. 1720.º, 1, a), do Código Civil).

2 – REGISTO DO CASAMENTO: A TRANSCRIÇÃO

Após a celebração do casamento católico, deve ser lavrado em duplicado o assento paroquial (art. 167.º do Código de Registo Civil).

O assento, e respectivo duplicado, devem ser assinados pelos cônjuges, pelas testemunhas e pelo sacerdote (art. 168.º). O pároco é obrigado a enviar nos três dias seguintes à Conservatória do Registo Civil competente o duplicado do assento paroquial a fim de ser inscrito no livro de assentos de casamentos (arts. 1655.º do Código Civil e 169.º do Código de Registo Civil). Na falta de remessa do duplicado ou da certidão do assento pelo pároco, a transcrição poderá ser feita a todo o tempo, a requerimento de algum interessado ou do Ministério Público, em face de qualquer desses documentos (art. 172.º, 3, do Código de Registo Civil).

Considerando-se que o casamento católico adquire validade civil logo após a cerimónia religiosa, pois o Direito Canónico foi recebido pelo direito português, em bloco, o casamento canónico já existe antes da transcrição mas não tem efeitos civis. A transcrição é uma condição legal da eficácia civil do casamento católico.

Bibliografia fundamental:

M. Lopez Alarcón e R. Navarro-Valls, *Curso de derecho matrimonial canónico y concordatario*, Madrid, 1984; Luigi Chiappetta, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica e concordataria*, Roma, s.d.

XVII LIÇÃO

EFETOS PESSOAIS DO CASAMENTO

INTRODUÇÃO

O contrato de casamento poderia não determinar efeitos jurídicos, pessoais ou patrimoniais, entre os cônjuges. Estes continuariam a ser juridicamente estranhos, estabelecendo «de facto» entre si o relacionamento que entendessem. Tratar-se-ia de um modelo próximo do oferecido pelo Direito Romano, no qual, como vimos, o estado de casado é um estado «de facto» assente num consenso actual.

Cada casamento seria o que os cônjuges quisessem – dentro, necessariamente, de grandes barreiras estabelecidas pelo Direito, fora das quais deixaria de haver casamento.

Não é este, também o vimos, o modelo tradicional na Europa desde o advento do cristianismo.

O contrato de casamento determina efeitos jurídicos, pessoais e patrimoniais, entre as partes, que originam um novo «estado» civil: o estado de casado. Estado que afecta profundamente aspectos fundamentais da pessoa humana. Aspectos que estão tutelados por direitos da personalidade.

Assim, põe-se constantemente o problema da resolução dos conflitos entre os deveres conjugais e os direitos da personalidade. E pergunta-se se é possível, ou legítimo, institucionalizar juridicamente o estado de casado, em termos de regular, ou pretender regular, os aspectos mais profundamente íntimos da vida de cada um dos cônjuges. Acabando por se dispôr em termos de conceitos genéricos (como são os que integram as normas sobre deveres conjugais); por não se coagirem os cônjuges ao cumprimento dos seus deveres (cuja violação não compreende, por não poder, restauração específica ou, sequer, dever de indemnizar); e se permitir a dissolução do vínculo conjugal independentemente da violação de qualquer dever jurídico. Depois de legislar, o legislador não deverá dar-se conta de certa inutilidade dos

seus esforços, por o matrimónio ser, pela sua própria natureza, a zona das «normas» imperfeitas?

As normas que «disciplinam» as relações pessoais entre os cônjuges revelam sobretudo da mera pedagogia – constituindo, realmente, no mundo do Direito, uma vez violadas, simples causas de dissolução do matrimónio. Um casamento bem sucedido dispensa normas jurídicas sobre as relações pessoais dos cônjuges. Um casamento em ruptura ignora-as.

Quanto às normas que estabelecem estatutos patrimoniais de comunhão entre os cônjuges, são inúteis no decurso de um casamento feliz. Constituem fontes de agravamento da discórdia em qualquer crise.

Mas aceitemos a lei que está e passemos a analisá-la.

1 – IGUALDADE DE DIREITOS E DEVERES DOS CÔNJUGES E DIRECÇÃO CONJUNTA DA FAMÍLIA

Já me referi, em sede de princípios constitucionais do Direito da Família, à regra da igualdade de direitos e deveres dos cônjuges e da direcção conjunta da família (artigo 1671.º do Código Civil). Limitar-me-ei, pois, neste momento, a mais poucas observações.

A regra indicada parece hoje incontestável. Suscitam, porém, reparos, algumas das consequências que o legislador português dela retirou.

A igualdade de direitos e deveres dos cônjuges implica, naturalmente, que a direcção da família pertença a ambos, devendo estes acordar sobre a orientação da vida em comum (artigo 1671.º, 2).

Isto, seguramente, nos aspectos pessoais.

A comunhão de vida que é o casamento, fusão de duas pessoas numa só, significa que a vida em comum é determinada pelos dois cônjuges num só. Logo que isto deixar de ser possível, o matrimónio estará mortalmente doente.

Nos aspectos patrimoniais também será, assim. Qualquer regime de separação será transformado em comunhão pela comunhão das pessoas. Portanto, na fase do casamento plenamente realizado o regime de bens é, neste sentido, indiferente.

Mas, já não será assim em época de crise. A resolução dos problemas patrimoniais entre os cônjuges, a separação dos seus bens, a projecção (retroactiva) do seu conflito para a época de intensa colaboração patrimonial, transformam um regime de comunhão em grave fonte de conflito. Sobretudo, por que o legislador, fiel aos princípios, mas pouco realista (parece que, para o legislador português, o casamento é sempre perpétuo) impôs de facto aos cônjuges uma intensa colaboração patrimonial; estabelecendo o regime da comunhão de

adquiridos, como regime supletivo; e atribuindo a ambos os cônjuges a administração dos bens comuns.

Havendo bens comuns, o princípio de igualdade dos cônjuges parece impôr a sua administração e alienação por acordo comum, mesmo sob pena de paralisação dessa administração no caso de crise, ou de graves dificuldades se a administração dos bens consistir na sua transacção, como é o caso das carteiras de títulos. Mas é dividido que deva haver bens comuns.

2 – AFECTAÇÃO DO ESTADO DOS CÔNJUGES

A afectação do estado dos cônjuges é revelada, desde logo, pela eventual alteração dos seus nomes e da sua nacionalidade.

2.1 – O nome

O nome serve para identificar o seu titular, distinguindo-o das outras pessoas. Tem sido utilizado para situar socialmente o seu portador, integrando-o numa certa família, revelando os seus pais, eventualmente o seu cônjuge, os seus avós. Nesta medida, o nome situa o seu titular numa certa estrutura social, de poder, revelando também as representações sociais sobre a família, a condição de cada um dos cônjuges, o poder parental, etc.

No início do actual milénio, cada pessoa tinha, normalmente, só um nome próprio. A sua identificação completava-se eventualmente, com a referência ao nome do pai (Afonso Henriques – filho de Henrique), à terra de origem (Pedro da Covilhã), com uma alcunha (Carlos Magno), com o nome do senhorio (Sancho de Mariz), etc., variando o sobrenome, muitas vezes, de geração para geração.

Os sobrenomes foram-se consolidando mais rapidamente na nobreza – até ao século XVI, em que adquiriram elevado grau de estabilidade.

Os filhos viam acrescentado ao nome próprio, o sobrenome do pai. E a mulher casada conservava o seu sobrenome de solteira, não acrescentando o do marido.

Pouco a pouco foi-se introduzindo o hábito de a mulher casada acrescentar ao seu apelido, o do marido. E de o nome dos filhos ser composto com um ou mais apelidos do pai, seguidos de um ou mais

apelidos da mãe. Assim, Luís Henriques Pereira, será filho do senhor Henriques e da senhora Pereira, transmitindo aos filhos só o apelido Henriques, seguido do sobrenome da esposa.

Os nomes foram-se complicando, não só com a multiplicação dos nomes próprios, como com a maior elaboração dos apelidos, que ultrapassaram o número de dois, para passarem a identificar mais completamente a genealogia: o Afonso Carlos Sancho Manuel Pereira da Silva de Castro Fernandes, seria neto paterno do senhor Fernandes e da senhora Castro, e materno do senhor Silva e da senhora Pereira. A lei civil, ou diferia a composição do nome aos hábitos sociais, ou disciplinava-a só no essencial, limitando o número de nomes próprios e apelidos, e precisando que o seu elemento característico seria constituído pelos apelidos do pai.

Aspectos a sublinhar: a mulher casada nunca perdeu o seu apelido de solteira – marcas da sua família de origem, com a qual nunca perdia a ligação; limitava-se a acrescentar-lhe, se quisesse, o apelido do marido – sinal da sua nova família. O nome dos filhos era integrado pelos apelidos da mãe e do pai, transmitindo, normalmente, apelidos de cada uma das linhagens.

Estado de coisas muito diverso do que se passa na maioria dos Estados europeus, em que a mulher casada perde o seu apelido e, mesmo o seu nome próprio de solteira; em França, a menina Françoise Mauro, ao casar-se com o senhor Charles Latour, passa a ser a senhora Charles Latour. E os filhos, são, simplesmente Latour – a não ser que os pais, aproveitando de uma faculdade muito recente, acrescentem Mauro ao Latour; Mauro que os filhos, possivelmente, nunca assinarão e, seguramente, não transmitirão.

Concepções muito diversas, estas, do estatuto de mulher casada e da própria estrutura da família.

A reforma do Código Civil de 1978 desregulamentou, através do artigo 1677.º, o nome dos cônjuges: cada um dos cônjuges conserva os seus próprios apelidos, mas pode acrescentar-lhes apelidos do outro até ao máximo de dois. Assim, o marido poderá acrescentar dois apelidos da mulher, antes dos seus, depois deles, ou, mesmo, liberalmente misturados. O que se vai reflectir na composição do nome dos filhos, acabando o nome por deixar de estabelecer as relações familiares de um indivíduo, quase apagando a sua capacidade de identificação do sujeito.

Ter-se-á levado longe demais o princípio da igualdade dos cônjuges, num aspecto meramente formal, e em que os usos sociais eram largamente aceites e os quadros jurídicos flexíveis.

2.2. – A nacionalidade

O estrangeiro casado há mais de três anos com português pode adquirir a nacionalidade portuguesa mediante declaração feita na cons-tância do casamento (artigo 3.º, 1, da Lei da Nacionalidade – Lei n.º 37/81 de 3 de Outubro).

O português que case com estrangeiro não perde, por esse facto, a nacionalidade portuguesa salvo se, tendo adquirido pelo casamento, a nacionalidade portuguesa, declarar que não quer ser português (artigo 8.º da Lei da Nacionalidade).

XVIII LIÇÃO

DEVERES DOS CÔNJUGES

INTRODUÇÃO

O casamento, enquanto estado, é uma comunhão plena de vida. Ou seja: é um constante viver de cada cônjuge, não só **com o outro**, mas **para o outro**; enriquecendo e afirmando cada uma das pessoas.

Tenho afirmado, em diversas passagens destas Lições, a minha crença numa antropologia aberta. Em que o ser humano seja, antes de tudo, autopossessão, irreduzível subjectividade; pessoa subsistente em todos os momentos; recusa de objectivação do sujeito, com uma dignidade que recusa qualquer exteriorização ou massificação; ser livre e auto-responsável, determinando os seus fins e os meios para os atingir. Aqui, o sujeito começa a aperceber que o afirmar-se é comunicar: o sujeito afirma-se na relação com os outros. Através de uma circularidade ética que, assente na liberdade, é hermenêutica (conhecendo os outros).

O ser estabelece, pois, pontes com os outros. Esta abertura verifica-se ser constitutiva do próprio ser, num círculo de êxodo e regresso a si mesmo que constitui a vida pessoal. A vida de uma pessoa é **para os outros**: amar, para ser amado; dar, para receber; comunicar para humanizar; transmitir para conhecer. A comunicação, "o ser para", é a própria vida do ser pessoal. Sem comunicação com os outros, a "humanização" é bárbarie. Quando a comunicação se interrompe, sobreveem a morte. O ser **para os outros** não é um mais que se junta à pessoa humana; é constitutivo desta.

Finalmente, o **ser com os outros** exprime a realização plena da personalidade através da solidariedade plena com os outros. A comunicação leva a ter uma relação de reciprocidade total que se torna em plena solidariedade.

A pessoa humana é, assim, sede de valores, unidade vivente de relações inter-subjectivas, de solidariedade constitutiva: perdendo-se, para se reencontrar; dando-se para enriquecer; negando-se, para se afirmar; morrendo para viver.

Vida de cada um, liturgia do amor.

Há quadros da vida humana particularmente adequados para esta solidariedade. Um deles, é o da família e do casamento.

O matrimónio-comunhão de vida está no oposto do egoísmo. Cada um dos cônjuges dá-se inteiramente ao outro para receber este; dá-se, para receber; quer deixar de ser (só) um para passar a ser dois em um. Fusão impossível. Assim, cada um, ao retirar-se dessa ânsia de fusão sempre renovada, verifica que trouxe o melhor do outro, humanizando-se mais.

Este amor (necessariamente doação) pelo outro, torna cada um aberto a todos os outros. Antes de mais, aos filhos, objectivação da sempre desejada mas impossível fusão. Mas também a todos os outros que cada um dos cônjuges, habituado à comunicação com o outro, está mais disposto e é mais capaz de reconhecer e amar como um outro eu. É este amor-solidariedade, muitas vezes só amizade-solidariedade, que anima a comunhão da vida.

Tentou o legislador aprofundar o conceito de comunhão da vida, decompondo-a em deveres conjugais. Tarefa meritória esta, embora os deveres conjugais para serem correctamente entendidos devam estar sempre em diálogo com o amor (em todos os seus graus de realização).

1 - DEVER DE COABITAÇÃO

O conceito de coabitação em Direito matrimonial, mas também em linguagem vulgar, significa comunhão de leito, de mesa e de habitação.

Segundo o artigo 1673.º, os cônjuges devem fixar, de comum acordo, a residência da família. Nesta fixação devem levar-se em conta os interesses de todos os membros da família, de cada um dos cônjuges e dos filhos, não sendo possível descortinar o interesse próprio da família enquanto conjunto. Será atendendo às necessidades de cada um dos membros da família que se poderá chegar a uma composição em termos de fixação de uma residência comum.

No caso de divergência insanável e prolongada entre os cônjuges sobre o local da residência familiar, a lei permite a intervenção do Tribunal a requerimento de qualquer dos cônjuges (artigo 1673.º, 3 do Código Civil e 1415.º do Código de Processo Civil). A exemplo do que tenho vindo a dizer não me parece que a intervenção do Juiz neste caso tenha algum significado prático, a não ser a de constatar a ruptura do vínculo conjugal. Com efeito, se os cônjuges não se podem pôr de acordo sequer sobre um ponto tão concreto, tão material, como é a fixação da residência da família, não se vê como o casamento possa subsistir, ou como possam ser cumpridos alguma vez, de futuro, os deveres conjugais.

O incumprimento não justificado da obrigação de coabitar pode ser causa de divórcio ou de separação judicial de pessoas e bens (artigos 1779.º e 1794.º do Código Civil). Independentemente de culpa, a ausência de coabitação será ainda causa de divórcio ou de separação judicial de pessoas e bens por ruptura da vida em comum (artigo 1781.º, alínea a)). É no contexto do dever de coabitação que se integra o chamado débito conjugal, ou seja, a obrigação de cada um dos cônjuges manter relações sexuais com o outro, e de não manter com um terceiro.

A terminar, quero sublinhar que pode haver coabitação sem haver necessariamente a comunhão de vida que constitui a essência do casamento. Seguramente, no caso dos cônjuges se limitarem a tomar as refeições em comum e a viverem na mesma casa. Poderão estar de relações extremamente tensas, até não se falarem, mas múltiplas razões, de ordem económica, ou a necessidade de educarem os filhos, poderá levá-los a continuarem a viver na mesma casa. Quanto à comunhão de leito, e embora em si mesma não chegue para qualificar uma situação de casamento, traduzindo-se numa comunhão de vida, o facto de os cônjuges manterem relações sexuais normais, dado o significado humano que estas assumem, pressuporá normalmente que continua a existir uma comunhão de vida pelo menos suficiente para a qualificação do estado, como estado de casado.

2 – DEVER DE FIDELIDADE

Os cônjuges têm obrigação de guardar mutuamente fidelidade conjugal. A violação mais grave desta obrigação, traduzida na manutenção de relações sexuais consumadas entre um dos cônjuges e terceira pessoa, tem o nome de adultério. Contudo, outras violações menos graves do dever de fidelidade, não pressupondo as relações sexuais entre o cônjuge e terceiro, também constituem violação do dever de fidelidade, por se traduzirem numa negação da comunhão de vida em que se traduz o casamento.

3 – COOPERAÇÃO

A comunhão de vida pressupõe que cada um dos cônjuges esteja permanentemente disponível para dialogar com o outro, auxiliá-lo em todos os aspectos morais e materiais da existência, colaborar na educação dos filhos, etc. Trata-se, ao lado do débito conjugal (o nome inadequado para algo que numa comunhão de vida deve ser, e é, tão espontâneo) de um dos núcleos da comunhão de vida. E também, um dos aspectos mais difíceis de controlar de fora, de mais difícil apreciação a nível da prova pelo Juiz, o que constitui mais uma das contradições do actual Direito da Família. O dever de cooperação é fundamental para o casamento, para a comunhão de vida em que ele se traduz, e é quase impossível a sua apreciação de fora. Assim e a não ser em casos extremos, se for levado a sério o actual sistema divórcio-sanção, casamentos que já não existem, por faltar a cooperação entre os cônjuges, não se poderão dissolver por falta de prova.

XIX LIÇÃO

DEVERES DOS CÔNJUGES (Continuação)

4 – DEVER DE ASSISTÊNCIA

O dever de assistência, ao contrário do dever de cooperação, tem carácter marcadamente económico: compreende a prestação de alimentos e a contribuição para os encargos da vida familiar (artigo 1675.º, 1, do Código Civil).

Este dever bifacetado incumbe a ambos os cônjuges, nos mesmos termos, de harmonia com as possibilidades de cada um. Pode, porém, ser cumprido por qualquer deles, se o outro não quiser ou não estiver em condições de o fazer. No caso de um dos cônjuges não cumprir o seu dever de assistência, resultam daqui duas consequências principais:

Uma, é a de o outro cônjuge poder pedir a separação de pessoas e bens, ou o divórcio, com esse base. A outra, é a de o cônjuge lesado poder pedir judicialmente alimentos para si próprio e para os filhos, para o futuro. Contudo, não há qualquer direito de indemnização em relação ao não cumprimento do dever de assistência para o passado; qualquer obrigação que o cônjuge faltoso assumia, será desprovida de valor.

O dever de assistência, com o conteúdo patrimonial que indiquei, pode ser cumprido, tanto em dinheiro como em trabalho. Assim, o cônjuge que ficar em casa, para assumir os encargos da vida doméstica, nomeadamente com os filhos, estará a cumprir suficientemente (algumas vezes mais que suficientemente), o seu dever de assistência. Este cônjuge, em virtude da indiferenciação das tarefas, que referi ser uma das características da vida familiar, deverá ser escolhido por comum acordo dos cônjuges, nomeadamente com base no critério da menor rentabilidade, em termos económicos, do trabalho fora de casa.

Este dever de assistência não se traduz como o dever de alimentos entre duas pessoas separadas ou divorciadas, na prestação da quan-

tia estritamente necessária para permitir a sobrevivência da outra pessoa. Deve ser medida, pelas possibilidades do cônjuge obrigado, e pelas necessidades do outro cônjuge e filhos.

Mais uma vez aqui será difícil precisar mais pois tudo dependerá da situação concreta. E, mais uma vez aqui, se nota a dificuldade da penetração do Juiz nesta matéria, salvo em casos de violação extremamente graves deste dever. Difícil será apreciar a medida em que um dos cônjuges poderia cumprir o seu dever de assistência, e a medida das necessidades dos outros.

O dever de assistência compreende, não só o necessário para que os restantes membros da família se alimentem, se vistam e abriguem e satisfaçam as suas necessidades de educação, como também o necessário para as actividades culturais desportivas e de lazer deles. Tudo isto atendendo aos hábitos correntes no meio social da família, e às effectivas possibilidades económicas do obrigado.

Isto, sem prejuízo de uma planificação da vida económica da família, que leva, em algumas circunstâncias, a sacrificar despesas de consumo, por muito legítimas que estas sejam, em benefício de despesas de investimento. Assim, se um dos cônjuges decidir comprar uma casa como investimento, com os seus bens próprios, isto poderá levar a sacrificar legitimamente uma parte das férias, certas despesas com vestuário, etc., do conjunto.

5 – DEVER DE RESPEITO

A violação do dever de respeito é causa de divórcio ou separação judicial de pessoas e bens (artigos 1779.º e 1794.º do Código Civil).

O dever de respeito é fundamentalmente o dever de aceitar o outro cônjuge como a pessoa que ele é.

No momento em que os cônjuges se casaram, celebraram um contrato com uma certa outra pessoa, com os seus defeitos, as suas virtudes, etc. Será esta pessoa que eles terão de aceitar, de respeitar, no decurso da sua vida conjugal.

Enunciado este princípio geral, em si pouco significativo, haverá que lhe introduzir precisões.

Existe aqui uma tensão entre dois interesses. Por um lado, o interesse de cada um dos cônjuges a ser, e a continuar a ser, aquilo que era. Por outro lado, a necessidade de cada um dos cônjuges se adaptar àquilo que o outro é, ou venha a ser. Assim, cada um dos cônjuges poderá ter, e manter, as suas opções ideológicas, religiosas, a sua actividade profissional, política, social, o seu círculo de amigos, os seus hábitos pessoais, sem que o outro cônjuge deva interferir neles. Mas deverá também, de algum modo contraditoriamente, adaptar, conformar ou restringir, os seus hábitos, a sua maneira de pensar, de maneira a não ferir os sentimentos do cônjuge. A comunhão de vida, é isto mesmo: cada um dos cônjuges, sendo o que é, adapta-se àquilo que o outro é, numa interacção mútua, de maneira a passarem a constituir uma unidade, esta completa, enquanto cada uma das metades era incompleta.

Quero chamar a atenção para mais dois pontos. Um deles, é o facto de a maior proximidade dos cônjuges no seio da família, levar a que cada um deles deva ser particularmente respeitoso, particularmente cuidadoso, da personalidade do outro. Na medida em que está

em condições de mais facilmente ofender os seus direitos ou perturbar a realização pessoal do outro.

O outro aspecto a salientar é o seguinte.

O natural desejo de felicidade dos cônjuges deve ser temperado pela sua responsabilidade. É difícil, a prática tem-no demonstrado, contrariar a vontade expressa por um dos cônjuges no sentido de divorciar. Mas, só causas graves devem levar ao divórcio, sob pena de severo juízo de censura a incidir sobre o cônjuge leviano.

XX LIÇÃO

MODIFICAÇÃO E EXTINÇÃO DA RELAÇÃO MATRIMONIAL

INTRODUÇÃO

A seguir à descrição dos deveres conjugais vem, naturalmente, a parte consagrada à modificação e extinção da relação matrimonial. Com efeito, não se pode – pelo menos entende-se hoje que não se deve – «obrigar» um cônjuge a respeitar o outro, a cooperar com ele, a manter fidelidade. A lei limita-se a atribuir ao outro cônjuge, ao lesado, a faculdade de modificar ou extinguir a relação matrimonial, refletindo a menor consistência ou a falência definitiva do casamento. Referi, anteriormente, que os deveres conjugais eram, fundamentalmente, situações cuja violação implicava a ruptura da relação conjugal a título de sanção.

Vou passar a descrever a modificação e a extinção da relação matrimonial, apontando as causas jurídicas que podem levar até essas consequências.

As crises menos graves da relação matrimonial, pessoais ou patrimoniais, podem implicar uma modificação dessa relação matrimonial, no sentido do seu afrouxamento.

Adirão a simples separação de bens, e a separação de pessoas e bens. A separação de bens afecta os aspectos patrimoniais do casamento, extinguindo a maior parte das relações patrimoniais entre os cônjuges. A separação de pessoas e bens também se estende ao aspecto pessoal, extinguindo ou afrouxando as relações pessoais entre os cônjuges.

A extinção da relação matrimonial compreende três institutos:

O instituto do casamento «rato e não consumado», o privilégio paulino e o privilégio petrino, exclusivos dos casamentos católicos; a morte (abrangendo a morte presumida); e o divórcio.

Não me vou ocupar nas páginas subsequentes da invalidade do casamento, tanto católico como civil. Já consagrei a esta matéria algumas páginas em lições anteriores. Contudo, não quero deixar de acen-

tuar um ponto: há que diferenciar cuidadosamente a invalidade do casamento e o divórcio.

No que se refere ao casamento católico, já o vimos, a proibição do divórcio levou a um aprofundamento técnico das causas de invalidade.

Pelo contrário, no casamento civil a abertura cada vez mais vasta concedida ao divórcio, a nível do Direito e dos costumes, tem «permi-tido» um certo desprezo, a nível da prática e da própria técnica, da invalidade do casamento.

Covém, repito, distinguir, entre os dois institutos. Com efeito, nem todas as pessoas são «capazes» de se casarem, por maneira de ser e por perturbações psíquicas. Estas pessoas que não são capazes de se casar, apesar de terem celebrado o casamento, celebraram-no invalidamente, em termos de o casamento nunca ter existido. Nestas circunstâncias, há que invocar a invalidade do casamento.

Quanto às pessoas que celebraram validamente casamento, por serem «capazes» de o celebrar, mas entre quem houve, subsequentemente, descentendimentos e perturbações, que levaram ao desfazer da vida em comum, só em relação a estas é legítimo aplicar o divórcio. Não remetendo tudo para este último, como uma espécie de cláusula de recolha, um saco sem fundo, a revelar nitidamente a falta de precisão técnica do legislador e a impreparação dos práticos do Direito.

Feita esta observação, passo a consagrar algum tempo ao divórcio.

Primeiro, voltando a levantar, «pela última vez», a questão do divórcio.

Estabelecida a necessidade de divórcio, passarei à sua evolução histórica de modo a poder compreender-se correctamente o seu âmbito e o seu significado actuais.

1 - A QUESTÃO DO DIVÓRCIO

A questão do divórcio consiste em determinar qual é a solução melhor (menos má) no caso de crise grave do casamento.

A resposta dos católicos é a negação do divórcio, assente o princípio da indissolubilidade.

Quanto ao casamento civil, na nossa sociedade parece difícil recusar a sua dissolução pelo divórcio. A “questão do divórcio” estará assim ultrapassada.

Resta discutir alguns pontos: restringir o divórcio à situações típicas de crise conjugal? limitar o acesso ao divórcio alongando os prazos do processo de divórcio? permitir ao juiz que examine a seriedade das causas? ou, pelo contrário, liberalizar o divórcio?... Como?

Não está em causa a dissolução de um (qualquer) contrato. Este contrato é o casamento. Cuja a importância a nível das funções de base da sociedade teve a ocasião de salientar.

No divórcio, através do casamento, é toda uma concepção de sociedade que está em causa.

A favor do divórcio apontam-se o direito à felicidade de cada um e a liberdade humana. Como o casamento, diz-se, visa a felicidade de cada um dos cônjuges, a sua extinção é consequência normal da impossibilidade de se atingir esta felicidade.

Depois, e dado que os cônjuges são adultos livres e responsáveis, dependerá deles, e não da lei, determinar se querem contrair matrimónio e quando o querem extinguir.

Contra isto, dir-se-á que o casamento envolve também uma elevada dose de responsabilidade, para com o próprio, o outro, os filhos e a sociedade. Pelo que o divórcio, a admitir-se, deve conter os ingredientes necessários para obrigar os cônjuges a reflectir e a assumir as suas responsabilidade. O casamento tem muito de “solidariedade” que

não se pode denunciar de ânimo leve. É uma ligação para as boas e as más horas.

Contra o divórcio, ou contra a sua "liberalização", tem-se invocado a circunstância de ser uma ideia-força: divórcio gera divórcio. Se não é o divórcio que gera os conflitos, agudiza-os.

A crise que será ultrapassável com um pouco de sacrifício e de reflexão, encontra a via fácil do divórcio.

Freios ao divórcio?... são rapidamente contornados ou destruídos pela pressão social.

O interesse dos filhos é o argumento maior contra o divórcio. A ponto de em diversos ordenamentos jurídicos, nomeadamente em Estados da Europa central e do leste, o interesse dos filhos ter podido impedir o divórcio dos pais.

Trata-se, evidentemente, de filhos menores que são os que estão em causa na grande maioria dos divórcios.

Os filhos menores, disputados durante o divórcio, muitas vezes mal tratados, ou abandonados encontram-se, depois do divórcio, privados de um dos seus "direitos" fundamentais: viverem com ambos os pais, serem por eles educados. É entre os filhos de divorciados que se encontra a maior percentagem de toxicodependentes e delinquentes.

Mas é certo que muitos casamentos em grave crise são ainda piores para os filhos do que um divórcio. E que, hoje, legislações, juizes e a sociedade em geral se esforçam para que, mesmo depois do divórcio, os filhos continuem a ter a assistência de ambos os progenitores.

A multiplicação dos divórcios faz diminuir a taxa de natalidade. Um filho é um investimento a longo prazo e exige muita segurança e estabilidade. As uniões de facto são pouco fecundas; e os casamentos inseguros produto de dois egoísmos, pouco fecundos são ⁽¹⁾.

Na generalidade dos Direitos europeus e americanos o divórcio tem vindo a ser liberalizado. A manutenção do casamento tende a só depender da vontade dos cônjuges, da continuação do seu consenso inicial. Uma vez desaparecido este consenso, não desaparecerá "ipso iure" o casamento; mas o divórcio constitui uma via cada vez mais acessível aos cônjuges que desejam dissolver o seu vínculo.

⁽¹⁾ F. Ronsin, *Les divorciaires, affrontements politiques et conceptions du mariage dans la France du XIX^e siècle*, Paris, 1992; F. Terré, *Terre à terre dans le droit du divorce*, Et D. Huet-Weller, Paris, 1994, p. 483 segs.

Este abandono do vínculo à vontade dos cônjuges, enquadra-se numa "deslegalização" do divórcio. O Direito civil afasta-se para entregar o casamento e o divórcio aos costumes, à sociedade civil. Seria o sentimento de cada um, animado pelas suas próprias representações éticas, religiosas, sociais, que regularia o divórcio. De início, o legislador faz-se substituir pelo juiz, controlador da vontade dos cônjuges, "vinculado" só por conceitos muito gerais. Mas também o juiz cede ao movimento social e, pouco a pouco, limita-se a registar a vontade dos cônjuges.

1.1 – O declínio do casamento

Jean Carbonnier podia ainda afirmar em 1950: "A instituição do casamento... a despeito de correntes contrárias, superficiais ou profundas, manteve, no essencial, o seu carácter de seriedade, de gravidade, a sua transcendência (*Terre et ciel dans le droit français du mariage*, Et. Ripert, I p. 325, 1950). Hoje, porém, em França e nos outros países europeus, entre os quais Portugal, o casamento declina. Desde os anos 60 que se assiste a uma rápida diminuição da taxa de nupcialidade, a um aumento do concubinato, a cada vez mais pessoas que vivem soltas. Em Portugal um número crescente das pessoas em idade de se casarem, não se casam; e nem recorrem, tanto quanto é possível ao concubinato, ao concubinato: vivem isoladas. A taxa de natalidade cai, conseqüentemente.

As pessoas começam por se casar mais tarde; depois deixam de se casar. O nascimento do primeiro filho é protelado no tempo; a infertilidade aumenta. Há anos, a um divórcio seguia-se frequentemente um casamento. Hoje, ao divórcio segue-se muitas vezes um concubinato... ou nada.

É o próprio relacionamento entre as pessoas, no seu mais íntimo que é a comunhão de vida, que está em acentuado declínio. A espelhar uma certa dissolução do tecido social a todos os níveis.

O casamento é um instituto destinado a ser instrumento da felicidade de ambos os cônjuges. Se um dos cônjuges entende que essa felicidade, pelo menos no que lhe diz respeito, já não pode ser obtida, então tem legitimidade para se divorciar; mesmo que as causas que levaram à falência do casamento lhe sejam imputáveis. A ideia de culpa de um dos cônjuges perdeu qualquer significado, para se entender unicamente a situação objectiva, actual.

Eis alguns exemplos a ilustrarem a evolução:

Divórcio-Sanção: O cônjuge inocente pede o divórcio fundado em adultério do outro cônjuge.

Divórcio-Remédio: Um cônjuge pede o divórcio alegando a ausência prolongada do outro sem dar notícias, ou demência do outro cônjuge.

Divórcio-Constatação da Ruptura do Vínculo Conjugal: Um dos cônjuges pratica adultério, pedindo subsequentemente o divórcio com base no facto da sua relação conjugal já não lhe parecer adequada a prosseguir a sua felicidade. Ou então o cônjuge que se separou de facto do outro, alega essa separação de facto como causa de divórcio. Como indicio de que o casamento já não pode prosseguir os seus fins.

É a ideia do divórcio-constatação da ruptura conjugal que me parece a mais adequada para reflectir o estado actual dos costumes. Se o casamento um negócio "individual", assenta na comunhão de vida, logo que esta atinge uma crise muito grave e irremediável então os cônjuges estarão legitimados para pedir o divórcio. Isto sem prejuízo da viva censura de que é mercedor o cônjuge que dê causa ao divórcio, violando o seu dever de fidelidade, a responsabilidade que assumiu para com o outro, etc.

Não estou a recusar aqui a intervenção dos poderes públicos através do juiz. Com efeito, sendo o casamento um negócio do mais profundo interesse individual e social, convém que, do mesmo modo que é exigido um período de reflexão para a sua celebração, e esta é revista de especial solenidade, também a dissolução do casamento seja precedida de um período de reflexão, e dotada da necessária publicidade. Assim, deverá ser declarada por uma sentença judicial, ou, pelo menos, por um documento revestido de forma solene, e precedida de um período de reflexão. Período de reflexão que não pode ser o de seis anos exigido para a separação de facto; mas substancialmente mais curto.

2 - EVOLUÇÃO DA HISTÓRIA DO DIVÓRCIO

A história do divórcio divide-se em duas grandes épocas: a do divórcio-sanção e, hoje, a do divórcio constatação da ruptura do casamento; com uma época intermediária, a do divórcio-remédio; na medida em que é possível efectuar cortes e fazer distinções na história.

O casamento, já o vimos, foi considerado, primeiro, como uma instituição de forte interesse social. Os cônjuges de algum modo exerciam funções sociais, podendo constituir, mas não podendo dispor da sua relação. Nesta medida, ou o divórcio era proibido, ou então só era permitido em casos excepcionais. Estes tinham na sua base uma grave ofensa de um dos cônjuges ao outro, maxime o adultério da mulher; sendo o divórcio apresentado como uma sanção que o cônjuge inocente, lesado, pedia para ser aplicada ao cônjuge faltoso. Note-se, aliás, que uma parte das violações de deveres conjugais, nomeadamente o adultério, eram equiparadas a crimes, sendo punidas. Nos primeiros tempos do Cristianismo, embora não se aceitando, em princípio, o divórcio, acabava por se admitir este como uma sanção aplicada pelo cônjuge inocente ao cônjuge faltoso que tinha cometido adultério.

Pouco a pouco, começaram a admitir-se casos em que o casamento já não podia prosseguir os seus objectivos, independentemente de culpa de qualquer dos cônjuges. Eram, sobretudo, os casos de ausência prolongada sem notícias e de demência de um dos cônjuges. O outro cônjuge, inocente, podia pedir o divórcio independentemente de culpa do outro cônjuge. É a fase do divórcio-remédio. Do divórcio como único remédio para uma situação conjugal em que não havia que averiguar culpas, mas unicamente constatar uma impossibilidade.

Esta ideia de impossibilidade de o casamento prosseguir os seus fins, é a que está na base da ideia de divórcio constatação da ruptura do vínculo conjugal.

Mais tarde, ao desenvolver o divórcio, veremos qual o modelo adoptado pelo legislador português hoje.

Bibliografia fundamental:

Antunes Varela. *Direito da Família*. Lisboa. 1987, págs. 453 a 467; Pereira Coelho. *ob. cit.*, págs. 531 a 536; Ph. Malaurne e L. Aynés. *Le Droit Civil*, Philippe Malaurne, *La famille*. Paris, 1995/1996, p. 161 e segs.

XXI LIÇÃO

MODIFICAÇÃO E EXTINÇÃO DA RELAÇÃO MATRIMONIAL (continuação)

INTRODUÇÃO

Não me ocuparei, nesta lição, dos fundamentos do pedido de separação judicial de pessoas e bens, nem do processo de separação. Remeto para a exposição subsequente sobre o divórcio.

Tratarei dos efeitos pessoais e patrimoniais da separação de pessoas e bens. Indicarei a subsistência de alguns dos deveres recíprocos dos cônjuges; e do conteúdo diferente que estes podem assumir durante o período da separação, em relação ao período de constância da vida em comum. Passarei às normas que prevêem a reconciliação dos cônjuges e a conversão da separação judicial em divórcio.

Terminarei referindo o significado da separação judicial de pessoas e bens e o seu carácter transitório: vestibular em relação ao divórcio; intercalar na vida em comum.

Passarei à dissolução do casamento católico «rato e não consumado», à morte como causa de dissolução da relação conjugal e ao divórcio.

Os dois primeiros pontos serão objecto de referência muito sumária. O divórcio será mencionado unicamente a título introdutório, em termos de se distinguirem as duas modalidades: divórcio por mútuo consentimento e divórcio litigioso.

1 – A SEPARAÇÃO JUDICIAL DE PESSOAS E BENS

As causas da separação litigiosa são as mesmas do divórcio litigioso, mandando aplicar o artigo 1794.º do Código Civil os princípios dos artigos 1779.º e 1781.º quanto ao divórcio litigioso. Remeto, portanto, para o tratamento desta matéria.

Note-se, de passagem, que, sendo as causas as mesmas, o autor que tenha decaído numa acção de divórcio, não pode intentar uma acção de separação judicial de pessoas e bens com o mesmo fundamento. Tudo se deverá passar, para efeitos de caso julgado, como se ambas as acções tivessem o mesmo objecto.

O processo de separação litigiosa é o mesmo do divórcio litigioso, regulado nos artigos 1407.º e 1408.º do Código de Processo Civil, e que estudaremos no local adequado.

Uma vez intentada a acção de divórcio, ou a acção de separação judicial de pessoas e bens, o réu pode reconvir, pedindo a separação judicial de pessoas e bens quando tiver sido proposta a acção de divórcio, e vice-versa (artigo 1795.º do Código Civil). Nos termos do número 2 do mesmo artigo, se o pedido de divórcio proceder, a sentença decretará o divórcio entre os cônjuges. Assim, se foi intentada a acção de separação judicial de pessoas e bens e o cônjuge réu veio, em reconvenção, pedir o divórcio, a procedência do pedido de separação implicará a pronúncia do divórcio contra um dos cônjuges.

Também no que se refere aos requisitos e ao processo de separação por mútuo consentimento, o regime aplicável a esta modalidade é o mesmo do divórcio por mútuo consentimento (artigos 1775.º a 1778.º-A do Código Civil e 1419.º e seguintes do Código de Processo Civil).

1.1 – Efeitos da separação

Como o próprio nome indica, a separação judicial de pessoas e bens afecta, não só as relações pessoais entre os cônjuges, mas também o seu regime de bens.

Quanto aos efeitos pessoais mantem-se o dever de fidelidade conjugal (artigos 1795.º-A e 1795.º-D, 3). Sendo o dever de fidelidade conjugal um dos efeitos essenciais do matrimónio, a simples modificação da relação matrimonial não deve revogá-lo, sob pena de deixar de haver «verdadeiro» casamento. Mantêm-se também os deveres recíprocos de respeito e de cooperação, embora, como é evidente, a separação dos cônjuges leve ao seu afrouxamento.

Extingue-se a obrigação de vida em comum (artigo 1795.º-A). Cessando também a obrigação de assistência e mantendo-se o direito a alimentos (artigo 1795.º-A).

O casamento deixa de «ser», na medida em que desaparece a comunhão de vida que é o seu ser e o seu efeito. Mantem-se unicamente uma forma, e uns efeitos mínimos, desagregados e pouco significativos, por natureza transitórios. A separação judicial de pessoas e bens tende a transformar-se em divórcio ou, então, a acabar através da reconciliação dos cônjuges.

No plano patrimonial, o artigo 1795.º-A dispõe que, relativamente aos bens, a separação produz os efeitos que produziria a dissolução do casamento. Com efeito, o casamento é compatível com a separação de bens entre os cônjuges. Para subsistir sob a sua forma mais simples, não é preciso que se mantenham quaisquer relações patrimoniais entre os cônjuges.

A separação faz perder ao cônjuge sobrevivente os seus direitos sucessórios em relação à herança do falecido (artigo 2133.º, 3). O cônjuge culpado não pode, na partilha, receber mais do que aquilo a que teria direito, se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos (artigo 1790.º). Perde também todos os benefícios recebidos ou a receber do outro cônjuge ou do terceiro em vista do casamento, ou em consideração do estado de casado (artigo 1791.º). O cônjuge declarado único ou principal culpado e aquele que tenha pedido a separação com o fundamento na alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, deve reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela separação (artigos 1792.º e 1794.º).

Trata-se de efeitos coincidentes com aqueles estabelecidos na lei quanto ao divórcio, e que serão desenvolvidos mais tarde.

1.2 – Reconciliação dos cônjuges ou divórcio

A separação judicial de pessoas e bens, mantendo o casamento só no nome, mas não nos seus efeitos, é um estado inconveniente, não só pessoal mas também socialmente, que deve terminar o mais depressa possível, ou pela reconciliação dos cônjuges, ou pelo divórcio.

Os cônjuges podem a todo o tempo restabelecer a vida em comum e o exercício pleno dos direitos e deveres conjugais (artigo 1795.º-C, 1). A reconciliação pode fazer-se por termo no processo de separação ou por escritura pública, estando submetida a homologação judicial, e só produzindo efeitos a partir da homologação (n.ºs 2 e 4 do artigo 1795.º-C). Quando tenha corrido os seus termos na Conservatória do Registo Civil, a reconciliação faz-se por termo no processo de separação e está sujeita a homologação do conservador respectivo (art. 1795.º-C, 3). Quanto a terceiros, os efeitos só se produzem a partir do registo da sentença (artigos 1669.º e 1670.º aplicáveis por força do n.º 3 do artigo 1795.º-C). Quanto ao processo, remeto para o divórcio.

Decorrido o prazo de dois anos a contar do trânsito in julgado da sentença que decretou a separação, qualquer dos cônjuges pode pedir a conversão da separação, litigiosa ou por mútuo consentimento, em divórcio. Se a conversão fôr requerida por ambos os cônjuges, não é necessário o decurso daquele prazo (artigo 1795.º-D, n.ºs 1 e 2).

A lei faculta o pedido de conversão, porque considera que a separação é um estado necessariamente transitório. Estabelece um prazo (claramente exagerado), por entender que os cônjuges devem ter um prazo para reflectirem e eventualmente se reconciliarem, ou amadurecerem a sua decisão de se divorciarem.

O processo de conversão é regido pelo artigo 1417.º do Código de Processo Civil, nos termos do qual o requerimento de conversão deve ser atuado por apenso ao processo de separação, sendo o outro cônjuge citado para contestar o pedido. Na falta de contestação, ou se esta fôr julgada improcedente, será a separação convertida em divórcio.

O divórcio assim proferido é, para todos os efeitos legais, equiparado ao divórcio litigioso. A sua causa é aquela que deu lugar à separação.

Nos termos do n.º 4 do artigo 1795.º-D, a sentença de conversão não pode alterar o decidido sobre a culpa dos cônjuges no processo de separação.

Nos termos do n.º 3 do artigo 1795.º-D, a lei permite que qualquer dos cônjuges peça a conversão da separação em divórcio, independentemente do prazo fixado do n.º 1 do artigo, se o outro cometer adultério depois da separação. Trata-se de conversão da separação em divórcio e não de acção do divórcio autónoma fundada no adultério cometido depois da separação. A causa do divórcio que venha a ser decretado não é o adultério subsequente à separação, mas a causa que determinou a separação. O adultério subsequente à separação indicará uma deterioração irremediável das relações conjugais, desvanecendo a esperança de reconciliação entre os cônjuges. E permitindo, portanto, o decretar do divórcio, independentemente do decurso do prazo de dois anos (veja-se também o artigo 1785.º-D, 3, ao mandar aplicar o artigo 1780.º).

A terminar, não quero deixar de sublinhar que a própria existência do instituto da separação judicial de pessoas e bens só se entende para aqueles cônjuges cujas convicções morais não lhes permitam recorrer ao divórcio. Transformando-se, assim, a separação num estado com tendência a perpetuar-se. De outro modo, o único instituto “naturalmente” destinado a resolver as crises conjugais graves será o divórcio.

2 – EXTINÇÃO DA RELAÇÃO MATRIMONIAL

2.1 – Direito canónico

A dissolução do casamento católico (validamente celebrado) é excepcional. O princípio é o da indissolubilidade que, relativamente ao matrimónio “rato e consumado”, é absoluta, sem conhecer excepção (can. 1141). Tal matrimónio não pode ser dissolvido por “nenhum poder humano”, nem por nenhuma causa, a não ser pela morte.

O casamento “rato e consumado” (can. 1061, §1) é o celebrado validamente “coram ecclesia” entre duas pessoas baptizadas, a que se seguiu no modo humano o acto conjugal, idóneo por si à geração da prole.

2.1.1 – A dissolução do casamento católico «rato e não consumado»

A dispensa do casamento católico «rato e não consumado» está prevista nos cânones 1142 e 1697 a 1706 do Código de Direito Canónico.

Trata-se de uma dispensa pedida por ambos os cônjuges, ou só por um deles mesmo contra a vontade do outro, para obter a dissolução do casamento validamente celebrado, mas que não tenha sido consumado; havendo para a dispensa uma justa causa. De entre estas causas, apontam-se as seguintes: incompatibilidade de caracteres entre os esposos, o que torna a sua vida particularmente difícil; separação durante vários anos; delito muito grave cometido por um cônjuge; etc.

É indiferente a causa da não consumação, presumindo-se, porém, a consumação, até prova em contrário, se os cônjuges tiverem coabitado (Can. 1061, 2).

A dispensa do casamento «rato e não consumado» é uma verdadeira dissolução, com efeitos «ex nunc», de um casamento validamente celebrado. Não há, portanto, que a confundir com a declaração de invalidade do casamento.

É, hoje, até onde posso aperceber-me, um instituto em relativo desuso.

2.1.2 – O *Privilegio paulino*

O *privilegio paulino* versa a dissolução “em favor de fé” do matrimónio contraído por duas pessoas não baptizadas, no caso de uma delas se converter e receber o baptismo (can. 1143).

2.1.3 – O *Privilegio petrino*

O *privilegio petrino* (can. 1148-1149) versa diversos casos. Um deles, em que opera “*ipso iure*”, é o do baptismo de alguém que viva em poliandria ou poligamia. Este deve contrair matrimónio católico só com um dos “cônjuges”.

Outras hipóteses típicas compreendem a dissolução no caso de a parte baptizada, por motivo de prisão, deportação ou perseguição política ou religiosa pela parte não-baptizada, não possa restabelecer a coabitação.

Finalmente, se falta o carácter sacramental ou a consumação, o Papa pode dissolver o casamento por *indulto*.

3 – A MORTE COMO CAUSA DA DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO

A causa “normal” da dissolução do casamento, é a morte de um dos cônjuges.

A declaração de morte presumida não dissolve o casamento, mas o cônjuge do ausente tem a faculdade de contrair novo casamento, dissolvendo-se o primeiro pela celebração do segundo.

Se o ausente regressar, ou houver notícias de que era vivo no momento em que foram celebradas as novas núpcias, o primeiro matrimónio considera-se dissolvido por divórcio à data da declaração de morte presumida (artigos 115.º e 116.º do Código Civil).

Com a morte, dissolve-se o casamento extinguindo-se a relação matrimonial. Isto quanto aos efeitos pessoais e aos efeitos patrimoniais.

Contudo, mesmo depois da morte, alguns efeitos do casamento sobrevivem, enquanto o outro cônjuge existir. Assim, o cônjuge sobrevivente pode usar os apelidos do outro; a relação de afinidade mantém-se ainda depois da dissolução do casamento; o outro cônjuge continua particularmente legitimado para defender os direitos da personalidade do cônjuge falecido; etc.

Além disso, o direito ao divórcio é um direito irrenunciável, quer em termos de renúncia antecipada, quer por renúncia superveniente. Sendo interdita a renúncia genérica ou a renúncia específica, a renúncia total ou a renúncia parcial. A lei quer que os cônjuges estejam sempre em condições de pôr termo a uma relação conjugal inviável. É bom não confundir a renúncia ao direito de pedir o divórcio, proibida com o perdão. O perdão pressupõe que o cônjuge, tendo tido conhecimento de um facto que permitiria o divórcio, decidiu esquecer esse facto, reatando ou mantendo a vida em comum.

Note-se, porém, que o direito ao divórcio litigioso caduca se não fôr exercido nos dois anos subsequentes à data em que o cônjuge ofendido ou o seu representante legal teve conhecimento do facto susceptível de fundamentar o pedido (artigo 1786.º, 1).

Bibliografia fundamental:

Pereira Coelho. *ob. cit.*, págs. 537 a 552; Antunes Varela. *ob. cit.*, pág. 449 a 453; Luigi Chiappetta. *Il matrimonio*, págs. 366 e segs.

4 – DIREITO CIVIL

4.1 – O divórcio. Modalidades

Entende-se por divórcio a dissolução do casamento decretada pelo tribunal ainda em vida de ambos os cônjuges, a requerimento de um deles ou dos dois, nos termos autorizados por lei (Pereira Coelho).

Por força do protocolo adicional à Concordata entre Portugal e a Santa Sé, de 1975, que modificou a redacção do artigo 24.º da Concordata de 1940, hoje, todos os casamentos, civis ou católicos, e qualquer que tenha sido a data da sua celebração, podem dissolver-se por divórcio. Embora esta dissolução não produza efeitos na ordem canónica, para a qual o casamento religioso continuará a existir até ter sido declarada a sua invalidade.

O divórcio compreende duas modalidades: divórcio por mútuo consentimento e divórcio litigioso. O primeiro é pedido por ambos os cônjuges de comum acordo. O segundo é o pedido por um dos cônjuges contra o outro, com fundamento em determinada causa.

O direito ao divórcio é um direito potestativo, pois se traduz no poder de produzir determinado efeito jurídico na esfera jurídica de outrem, a dissolução do vínculo conjugal. Embora, para produzir os seus efeitos, tenha de ser integrado por um acto judicial.

É um direito potestativo extintivo.

É um direito pessoal, atribuído exclusivamente aos cônjuges. Nestes termos, não é transmissível, quer entre vivos quer «moris causa» (*vide*, porém, o artigo 1785.º, 3, nos termos dos quais a acção de divórcio pode ser continuada pelos herdeiros do autor, ou contra os herdeiros do réu, para efeitos patrimoniais, nomeadamente para os efeitos previstos no artigo 1787.º).

XXII LIÇÃO

DIVÓRCIO

INTRODUÇÃO

O divórcio consiste no corte definitivo da relação matrimonial, que se extingue.

Está em causa, como é evidente, só o casamento civil.

A regulamentação legal do divórcio hoje, em Portugal, parece algo inadequada.

É inadequada pelas demasiadas restrições que introduz a nível dos pressupostos da declaração do divórcio. E pelos vínculos que impõe aos ex-cônjuges.

O sistema do divórcio ainda está basicamente assente numa ideia de divórcio-sanção. A principal causa de divórcio, a violação dos deveres conjugais, pressupõe um não cumprimento culposo de um dos cônjuges; e só pode ser invocada pelo cônjuge "inocente".

Já fiz a crítica à possibilidade prática, e à legitimidade, de se determinarem as culpas no seio de uma sociedade tão fechada como é a família, e no que respeita a relações tão íntimas como são as conjugais.

Fazer assentar o divórcio numa sanção, conduzirá a resultados tão incongruentes com a nossa sociedade – e tão social e individualmente trágicos – como sejam os de o cônjuge "culpado" (de quê?) impedido de obter o divórcio, se manter diversos anos (seis anos de separação de facto, mais eventualmente outro tanto do decurso do processo judicial) "ligado" pelo vínculo conjugal a outro que, por espírito de "sanção", se recusa a acordar no divórcio por mútuo consentimento. Enquanto as tensões pessoais se vão exarcebando e a administração do património comum se degrada; e os filhos se encontram no centro de todas as lutas.

Uma mulher que, assistindo à degradação do seu matrimónio, traduzida em factos de muito difícil prova em tribunal, decide separar-

-se, de facto, aos trinta anos, possivelmente só depois dos quarenta estará divorciada. E, durante este período, vê-se privada de se casar de novo e de constituir família – e depois dos quarenta talvez seja tarde para reconstituir a sua vida familiar e ter filhos.

Mesmo as duas “portas abertas” à dissolução do casamento, o divórcio por mútuo consentimento e o divórcio assente em separação de facto por mais de seis anos, estão gravemente inquinadas pelos prejuízos que critiquei.

Assim, a melhor doutrina (Pereira Coelho, na obra que tenho vindo a citar) entende que o divórcio por mútuo consentimento pressupõe a existência de uma causa não desvendada, em homenagem ao decóro familiar e social, e que permitia, por ela só, o divórcio litigioso. Ora, é sabido que não é assim, e que não deve ser assim. O divórcio por mútuo consentimento deve estar aberto – e está-o, na realidade e nas representações sociais – também àquelas situações em que a afeição entre os cônjuges baixou para aquém do limite mínimo, e em que a comunhão de vida está definitivamente destruída. Independentemente de qualquer outra consideração, a não ser um (mero) juízo de censura, muito severo, para os cônjuges, ou para o cônjuge culpado.

Por outro lado, a fixação do prazo exorbitante de seis anos para a separação de facto, causa do divórcio, visa, sem dúvida “castigar” tanto o cônjuge que se separou que este, ou desiste, ou, então, paga largamente o seu “pecado”. Em homenagem a que interesses?

Dar-nos-emos conta, nas lições seguintes, dos inconvenientes da regulamentação do divórcio em Direito português. Cada cidadão casa-se quando quer e com quem quer, com ou sem maturidade e reflexão; o Estado desinteressa-se (aliás, não se pode imiscuir nesta zona protegida pelos direitos da personalidade). Também a procriação é deixada ao livre arbítrio de cada um, dentro ou fora do casamento.

Ou seja: actos mais graves da vida do cidadão são considerados actos privados, nos quais o Estado não deve nem pode intervir.

Posteriormente, a família é deixada a si mesma, sem apoio, ou com escassíssimo apoio do Estado, mesmo nos aspectos materiais mais elementares. E, quotidianamente faz-se o elogio, nos meios de informação, ao direito à felicidade de mudar sozinho, em vez de se valorizar a felicidade de se mudar «a dois».

Mas, logo que os cônjuges pensam em se divorciar, então, o Estado, solícito, intervém. Não para auxiliar, aconselhar, mas para

levantar dificuldades que, isoladas, não farão mais do que agudizar o problema.

A persistência, também incongruente, de efeitos do casamento depois do divórcio, será tratada na lição seguinte.

1 – O DIVÓRCIO POR MÚTUA CONSENTIMENTO

1.1 – Noção e pressupostos

O artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 261/75 veio dar nova redacção ao artigo 1773.º do Código Civil, restabelecendo o recurso “directo” ao divórcio por mútuo consentimento.

O divórcio por mútuo consentimento vem regulado nos artigos 1775.º e seguintes do Código Civil e nos artigos 1419.º e seguintes do Código de Processo Civil.

Esta modalidade de divórcio terá evidentemente uma causa (tudo tem uma causa...), mas não revelada. Não revelando a causa, evitar-se-á uma publicidade inconveniente à sua volta, e permitir-se-á a sua dramatização. E abre-se também a porta a divórcios que não assentem nas causas (graves) do divórcio litigioso, mas tão só na vontade dos cônjuges insatisfeitos, por qualquer motivo, com o seu casamento.

Para além da exigência do consentimento dos cônjuges, existem certos pressupostos para que este divórcio seja declarado: os cônjuges têm de estar casados há mais de três anos; tem de haver acordo sobre a prestação de alimentos ao cônjuge que deles careça; sobre o exercício do poder paternal relativamente aos filhos menores e sobre o destino da casa de morada da família.

A exigência de um prazo mínimo de duração do casamento parece justificada. Um acto da importância pessoal do casamento, não pode ser contraído sem um período de reflexão – daí o longo procedimento prévio – e não deve ser dissolvido também sem alguma reflexão.

Competirá ao juiz homologar os acordos referidos, o que não fará se entender que o interesse dos cônjuges e dos filhos não ficar acautelado.

É de aceitar a intervenção de um estranho, o juiz, em defesa do interesse dos filhos, que a precipitação ou a inadequada formação dos pais pode prejudicar, pelo menos na sua expressão formal. Mas essa intervenção já não é legítima quanto aos interesses dos cônjuges, que se presumem adultos e responsáveis. Esta incongruente intervenção tutelar do juiz está presente, aliás, em todo o processo de divórcio por mútuo consentimento.

1.2 – O Processo

O processo do divórcio por mútuo consentimento (artigos 1775.º e seguintes do Código Civil e 1419.º e seguintes do Código de Processo Civil) assenta no “desejo” de conciliar os cônjuges, se possível.

Assim, na primeira conferência deverão estar presentes os cônjuges, e o juiz tentará conciliá-los.

Se a conciliação não fôr possível, o juiz advertirá os cônjuges de que deverão renovar o pedido de divórcio após um período de reflexão de três meses, a contar da data da conferência, e dentro do ano subsequente a essa data, sob pena de o pedido ficar sem efeito. A partir dessa data, fica suspenso o dever de coabitação, podendo qualquer dos cônjuges requerer o arrolamento dos seus bens próprios e dos bens comuns.

Perante a renovação do pedido de divórcio, o juiz designará dia para a segunda conferência, em que haverá nova tentativa de conciliação. Se esta não resultar, será proferida sentença que homologará os acordos entre os cônjuges.

Remeto, nesta matéria, para as críticas que fiz na introdução a esta lição. E acentuo que não é o juiz, cuja função é aplicar o Direito, que tem preparação ou, mesmo, vontade, para intervir como conselheiro matrimonial, psicólogo ou psiquiatra. Deste modo, as tentativas de conciliação são formas esvaziadas de conteúdo, manifestação do “apego” meramente formal do legislador ao casamento. O que não afasta a **solenidade** do divórcio a traduzir a importância social do casamento e a gravidade da sua dissolução.

Solenidade que é posta em causa pela circunstância de desde o Decreto-Lei n.º 163/95, de 13/7, o Conservador do Registo Civil poder decretar o divórcio por mútuo consentimento com os mesmos efeitos de uma sentença judicial sobre idêntica matéria (artigo 1778.º). -A do Código Civil, introduzido pelo referido diploma legal).

2 – O DIVÓRCIO LITIGIOSO

O divórcio litigioso é pedido por um dos cônjuges contra o outro em acção intentada para o efeito.

As causas do divórcio estão previstas na lei, embora através de conceitos indeterminados.

Vou descrevê-las, distinguindo as causas do divórcio-sanção, as causas do divórcio-remédio e as causas do divórcio-constatação da ruptura do vínculo conjugal. Referir-me-ei, à exclusão do direito do divórcio e à caducidade do direito ao divórcio.

2.1 – Causas do divórcio

2.1.1 – Causas do divórcio-sanção

Qualquer dos cônjuges pode requerer o divórcio, dispõe o artigo 1779.º, se o outro violar culposamente os deveres conjugais, quando a violação, pela sua gravidade ou reiteração, comprometa a possibilidade da vida em comum (número 1).

Na apreciação dos factos invocados, acrescenta o artigo 1779.º, 2.º, deve o tribunal tomar em conta, nomeadamente, a culpa que possa ser imputada ao requerente e o grau de educação e sensibilidade moral dos cônjuges.

Traduz este artigo, com fidelidade a concepção tradicional do divórcio-sanção: pena aplicada pelo cônjuge inocente, ao culpado. Não tendo portanto legitimidade para pedir o divórcio o cônjuge também culpado.

Daqui resultaria que, se um dos cônjuges cometesse adultério, o outro não poderia pedir o divórcio se também fosse adúltero. Ou seja:

o casamento cessou; mas nenhum dos cônjuges “merece” ver-se livre dos pesados grilhões que ele hoje representa.

Esta conclusão é inaceitável, pelo que o artigo 1779.º tem de ser interpretado de modo actualístico.

Há factos que, pela sua gravidade, são, hoje, na sociedade portuguesa, causas “peremptórias” de divórcio: o adultério; os maus tratos físicos ao outro cônjuge, a parentes próximos ou filhos; as ameaças de morte; as injúrias graves, o comportamento gravemente lesivo dos bons costumes, nomeadamente a embriaguez e a toxicodependência; a reiterada falta de contribuição para as despesas da família; o descuido sistemático da educação e do acompanhamento dos filhos, etc.. A exigência de se levar em conta a culpa do requerente deve ser conexcionada com o artigo 1780.º, alínea a): tratar-se-à de culpa do outro cônjuge nos actos praticados pelo faltoso; e não de violação culposa pelo outro cônjuge de deveres conjugais como pode sugerir o artigo 1779.º.

Assim, poderá pedir o divórcio, por adultério, um cônjuge também culpado de adultério. Mas já não o poderá pedir – de direito consuetudínio – o cônjuge que tenha induzido o outro ao adultério. Por muito que esta conclusão, lese os princípios da moral e os interesses sociais.

Finalmente, o comprometimento da possibilidade de vida em comum deve ser aferido (nas outras causas de divórcio) pela existência ou não de separação de facto. Revelando, necessariamente, a separação de facto a impossibilidade de vida em comum, transformará em causas de divórcio factos que, de outro modo, pareceriam desprovidos de relevo suficiente; como injúrias “ligeiras”, violações menos graves do dever de cooperação, etc.

2.1.1.1 – A culpa do cônjuge requerido

O artigo 1779.º, 1, exige que a violação dos deveres conjugais seja culposa.

Existem, na vida familiar, situações frequentes de colisão de interesses: o marido, para obter uma promoção profissional, trabalha todos os dias, fins de semana incluídos, regressando a casa só de noite, e portanto, não vivendo a vida familiar. A mulher obtém uma bolsa de estudo para ir realizar investigações na Alemanha durante três anos; etc.. Encontramos aqui, em conflito, deveres conjugais e direitos da pessoa.

Não creio que se possa afirmar que o marido, totalmente consagrado ao seu trabalho, ou a sua mulher, que parte para o estrangeiro, possam ser, nesta estrita medida, objecto de censura ético-jurídica: estão a exercer direitos da personalidade. Mas o certo é que violam gravemente deveres conjugais, prejudicando a família e interrompendo a comunhão de vida. A comunhão de vida implica constrangimentos, cujo afastamento é censurável.

2.1.2 – As causas do divórcio-remédio

A ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a quatro anos (alínea b) do artigo 1781.º), e a alteração das facultades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de seis anos, e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum (alínea c)), são fundamentos do divórcio litigioso (artigo 1781.º). Trata-se de situações para as quais o único “remédio” é o divórcio.

É de acentuar, também aqui, o exagero dos prazos fixados.

O tempo, não inferior a quatro anos, para ausência sem notícias compreendia-se em épocas nas quais uma viagem até à Índia durava um ano. Mas não hoje, em que, por “telecópia” se envia uma carta de Lisboa a Tóquio, em segundos.

E a duração da demência em seis anos, também é exagerada. Em poucos meses, a medicina contemporânea estará em condições de fazer um diagnóstico e afirmar a irreversibilidade.

2.1.3 – Divórcio constatação da ruptura do vínculo conjugal

A separação de facto por seis anos consecutivos é fundamento de divórcio litigioso (artigo 1781.º). Entende-se que há separação de facto quando não há comunhão de vida entre os cônjuges e há da parte de ambos, ou de um deles, o propósito de não a restabelecer (artigo 1782.º).

A referência à inexistência de comunhão de vida como pedra de toque da separação de facto, permite esclarecer certas situações que se deparam na doutrina e na jurisprudência.

Comunhão de vida, já referi, é a disponibilidade permanente de ambos os cônjuges, um para o outro, em todos os aspectos da vida.

Assim, os cônjuges podem habitar na mesma casa e não haver comunhão de vida se, por exemplo não mantêm relações sexuais como é uso entre os cônjuges (e só as têm ocasionalmente, como pode suceder entre dois estranhos); ou se não se auxiliam nas suas vidas profissionais, ou nas tarefas domésticas, podendo fazê-lo; etc.

A separação de facto não exige uma *total* destruição da comunhão de vida. Se um dos cônjuges parte para longe, para exercer a sua profissão, só vindo visitar o outro cônjuge e os filhos nas férias, não há comunhão de vida. Mesmo que continue a auxiliar materialmente a família como o pode fazer um qualquer parente ou um estranho.

O propósito de não restabelecer a comunhão de vida deve considerar-se resultante de uma separação de facto, com alguma duração, sobretudo se os cônjuges não habitam a mesma casa, ou, habitando-a o fazem por razões estritamente económicas. Assim, se um dos cônjuges parte para outra terra, deixando a família na localidade onde até aí trabalhava, e esta deslocação dura um tempo suficiente, ou é operada por um longo prazo, deve presumir-se a intenção dos cônjuges de não restabelecerem a vida em comum.

2.2 – Exclusão e caducidade do direito ao divórcio

2.2.1 – Exclusão do direito ao divórcio

O cônjuge “inocente” não pode obter o divórcio se tiver instigado o outro a praticar o facto invocado como fundamento do pedido, ou se tiver, intencionalmente, criado condições propícias à sua verificação; ou se houver revelado pelo seu comportamento posterior, designadamente por perdão, expresso ou tácito, não considerar o acto praticado como impeditivo da vida em comum (artigo 1980.º).

Estas disposições só podem aceitar-se nos quadros do divórcio-sanção, pois são completamente de rejeitar a nível do direito a constituir ou da ética.

Suponha-se que o casal vive do adultério de um dos cônjuges conhecido e promovido pelo outro. O casamento está mortalmente atingido; o que se mantém já não é casamento. Num plano ético o casamento não existe, pelo que terá que ser dissolvido “quer os cônjuges queiram ou não”. Num plano jurídico, o casamento substancial-

mente não existe, pelo que convém, para repôr a realidade, que ele seja dissolvido. Mas, a lei portuguesa, surpreendentemente, não permite que nenhum dos cônjuges obtenha o divórcio. Em homenagem a que valores ou interesses? Não seguramente à prossecução dos fins sociais do casamento que este já não prossegue nem prosseguirá jamais.

2.2.2 – Caducidade do direito ao divórcio

O direito ao divórcio caduca no prazo de dois anos, a contar da data em que o cônjuge ofendido ou o seu representante legal teve conhecimento do facto susceptível de fundamentar o pedido (artigo 1786.º, 1). O prazo de caducidade corre separadamente em relação a cada um dos factos; tratando-se de facto continuado, só corre a partir da data em que o facto tiver cessado (número 2).

Há que distinguir o perdão, da caducidade. Assim, se um cônjuge, ao ter conhecimento do adultério do outro, se tiver zangado, mas depois reconciliado, está-se perante perdão. Se não pedir o divórcio no prazo de dois anos a contar da data em que teve conhecimento do adultério, caduca o seu direito. Isto, mesmo que tenha passado a estar separado de facto do outro. Esta separação significará tão só que não houve perdão, mas não impede o decurso do prazo de caducidade.

A fixação de um prazo de caducidade compreende-se só nos quadros do divórcio-sanção. Com efeito, num sistema de divórcio-constatação da ruptura do vínculo conjugal, a qualquer momento um dos cônjuges poderá pedir o divórcio, fundando-se, eventualmente, tão só, na inexistência de comunhão de vida atestada por uma separação de facto.

Bibliografia fundamental:

Pereira Coelho, *ob. cit.*, págs. 537 a 570; Antunes Varela, *ob. cit.*, p. 453 a 496.

XXIII LIÇÃO

EFEITOS DO DIVÓRCIO,
EXTINÇÃO DA RELAÇÃO MATRIMONIAL

INTRODUÇÃO

O divórcio dissolve o casamento e tem juridicamente os mesmos efeitos da dissolução por morte, salvas as excepções consagradas na lei, dispõe o artigo 1788.º do Código Civil.

A primeira parte da disposição legal é de aceitar. Dissolvido o contrato de casamento, devem extinguir-se todas as relações entre os cônjuges, quer pessoais quer patrimoniais.

Contudo, a lei abre demasiadas excepções a este princípio, muito para além das que seriam exigidas pela natureza das coisas; pelo facto de não ser possível introduzir cortes brutais, quer no mundo da natureza quer no mundo do direito e, portanto, subsistirem necessariamente alguns efeitos do casamento mesmo depois da sua dissolução.

As páginas que se seguem visam descrever os efeitos do casamento que se extinguem pela sua dissolução, e aqueles que se mantêm.

1 - EXTINÇÃO DOS EFEITOS DO CASAMENTO

Com o divórcio, extinguem-se todos os efeitos pessoais do casamento. Assim, cessam os deveres conjugais, de coabitação, fidelidade, cooperação, etc.

Também cessam as relações patrimoniais entre os cônjuges, devendo ser divididos os bens comuns.

1.1 - Perda de benefícios

O cônjuge declarado único ou principal culpado perde todos os benefícios recebidos ou que haja de receber do outro cônjuge ou de terceiro, em vista do casamento ou em consideração do estado de casado, quer a estipulação seja anterior quer posterior à celebração do casamento (artigo 1791.º, 1, do Código Civil). Pelo contrário, o cônjuge inocente ou que não seja o principal culpado, conserva todos os benefícios recebidos ou que haja de receber do outro cônjuge ou de terceiro, ainda que tenham sido estipulados com cláusula de reciprocidade. Pode renunciar a esses benefícios por declaração unilateral de vontade mas, havendo filhos do casamento, a renúncia só é permitida a favor destes (artigo 1791.º, 2).

De entre os benefícios previstos no artigo 1791º, há a salientar, antes de mais, as doações feitas com vista ao casamento, quer pelo outro cônjuge, quer por terceiro. Mas além destas, também estão compreendidas as doações feitas por um cônjuge ao outro, pelo facto de se encontrarem casados. É o que resulta, não só do artigo em análise, mas também da alínea c) do número 1 do artigo 1766.º que determina a caducidade da doação entre casados ocorrendo o divórcio ou separação judicial de pessoas e bens por culpa do donatário, se este fôr considerado único ou principal culpado.

Para além destas doações, caducarão também as liberalidades de uso feitas por um dos cônjuges ao outro desde o momento que o seu valor ultrapasse o valor normal das liberalidades entre pessoas estranhas. Por se tratar, ainda neste caso, de liberalidades feitas em virtude do estado de casado. Isto, se estas liberalidades não esconderem, como muitas vezes acontece, verdadeiros investimentos feitos pelo casal, em objectos preciosos, móveis, jóias, etc., aproveitando como pretexto certas datas festivas. Neste caso, tais liberalidades devem considerar-se integradas na partilha de bens do casamento, como investimentos do casal ou de um dos cônjuges.

Acentuo que este artigo, com referência à culpa de um dos cônjuges, assenta no regime do divórcio-sanção que predomina no direito português. E já fiz a crítica a esse regime. Nomeadamente, no que diz respeito à dificuldade em determinar a culpa de um dos cônjuges.

1.2 – Perda de direitos sucessórios

O cônjuge sobrevivente é herdeiro legítimo e legítimo do cônjuge falecido, nos termos dos artigos 2132.º e seguintes e 2157.º e seguintes do Código Civil.

Contudo, o cônjuge não é chamado à herança se, à data da morte do autor da sucessão, se encontrar divorciado ou separado judicialmente de pessoas e bens, por sentença que já tenha transitado ou venha a transitar em julgado, ou ainda se a sentença de divórcio ou separação vier a ser proferida posteriormente àquela data nos termos do número 3 do artigo 1785.º (número 3 do artigo 2133.º do Código Civil).

1.3 – Partilha dos bens do casal. Casa de morada da família

O principal efeito patrimonial do divórcio é a partilha dos bens do casal, nos termos do regime de bens do casamento.

O cônjuge declarado único ou principal culpado não pode na partilha receber mais do que receberia se o casamento fosse celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos (artigo 1790.º do Código Civil).

Assim, se os cônjuges forem casados no regime de separação de bens ou comunhão de adquiridos, aplicar-se-ão as regras decorrentes do regime de bens do casamento.

Mas, se o regime convencionalizado for da comunhão geral, terá lugar o disposto no artigo 1790.º O cônjuge declarado único ou principal culpado, não terá direito a meação nos bens que seriam próprios no outro cônjuge se o regime estabelecido fosse o da comunhão de adquiridos. Porém, o cônjuge inocente, terá direito a metade dos bens próprios do outro cônjuge, (próprios, no regime de comunhão de adquiridos), e a metade dos bens adquiridos a título oneroso depois do casamento.

Mais uma vez considero chocante a referência à culpa ou inocência dos cônjuges, pelas razões até aqui apontadas.

O artigo 1793.º determina que o tribunal pode dar em arrendamento a qualquer dos cônjuges, a seu pedido, a casa de morada da família, quer esta seja comum, quer própria do outro, considerando, nomeadamente, as necessidades de cada um dos cônjuges e o interesse dos filhos do casal (artigo 1793.º, 1). A casa de morada de família é, para uma grande parte das famílias portuguesas, o único bem com algum significado económico de que dispõem. Portanto, a sua atribuição depois do divórcio tem uma particular importância. É, normalmente, objecto de acesa disputa entre os cônjuges, antes do divórcio e depois deste. Parece, assim, chocante, que ela possa ser atribuída mesmo ao cônjuge que dela não é proprietário, como o permite o artigo 1793.º. Trata-se de um caso de expropriação forçada, do uso da casa, que se deve considerar inconstitucional. Mas que, para além disto, tem que ser entendido com particulares precauções, e no quadro do sistema de divórcio-sanção previsto no Código Civil.

Assim, só terá o direito ao arrendamento da casa, o cônjuge inocente, ou pelo menos não declarado principal culpado. De outro modo, ir-se-ia contra o espírito que anima o sistema de divórcio, a partilha de bens depois do casamento, e a perda de benefícios que o cônjuge culpado ou principal culpado se vê infligida.

E, de qualquer modo, só em casos excepcionais, o tribunal deverá entregar a casa de morada de família ao cônjuge que não seja o seu proprietário. E sempre deverá levar em consideração que a eventual prestação de alimentos a um dos cônjuges deve levar em conta a titularidade da casa de morada de família. Em termos de esses alimentos

serem substancialmente reduzidos em atenção a essa titularidade. O interesse dos filhos do casal só será ponderado se estes forem menores. Se forem maiores, passarão a ser, neste sentido, estranhos à partilha dos bens e a atribuição da casa da morada da família, devendo as suas necessidades ser consideradas só através de prestação de alimentos.

Mal consegue o legislador obviar algum dos inconvenientes descritos, através do número 2 do artigo 1793.º. Este permite que o arrendamento da casa de morada da família, embora sujeito às regras do arrendamento para habitação, esteja sujeito a condições especiais, e possa caducar, a requerimento do senhorio, quando circunstâncias supervenientes o justifiquem. Mais uma fonte, eventualmente interminável, de conflitos entre os cônjuges e entre estes e o senhorio.

2 – EFEITOS DO CASAMENTO MESMO DEPOIS DO DIVÓRCIO

2.1 – Obrigação de indemnizar

O artigo 1792.º estabelece que o cônjuge declarado único ou principal culpado é, bem assim, o cônjuge que pediu o divórcio com o fundamento na alteração das capacidades mentais do outro, deva reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento, devendo o pedido de indemnização ser deduzido na própria acção de divórcio.

Note-se que não se trata dos danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge, pela violação dos deveres conjugais. Já vimos que a violação dos deveres conjugais, enquanto tal, não é susceptível de indemnização.

Também não se trata da indemnização pelos danos não patrimoniais causados por um cônjuge ou outro, independentemente do estado de casado: das agressões físicas, das injúrias, etc... Esta indemnização está sujeita às regras gerais da obrigação de indemnizar.

Estão em causa os danos não patrimoniais causados por um dos cônjuges ao outro com o divórcio, com o facto de ter dado causa ao divórcio ou de o ter pedido com o fundamento na alteração das faculdades mentais do outro. Assim, se um dos cônjuges é considerado culpado de adultério e o divórcio é pronunciado contra ele, deverá indemnizar o outro cônjuge pelos danos não patrimoniais causados pelo divórcio (não com o adultério).

Parece aceitável, também nesta matéria, a norma segundo a qual quem causa um dano deve indemnizar. E o divórcio, em si mesmo, é origem, normalmente, de danos muito significativos.

2.2 – Prestação de alimentos

O artigo 2016.º dispõe que têm direito a alimentos, em caso de divórcio, o cônjuge não considerado culpado, ou, quando haja culpa de ambos, não considerado principal culpado na sentença de divórcio, se este tiver sido decretado por força da violação dos deveres conjugais, ou com base em separação de facto por seis anos consecutivos, ou ausência por tempo não inferior a quatro anos; o cônjuge réu, se o divórcio tiver sido decretado com fundamento na alteração das faculdades mentais do outro cônjuge; qualquer dos cônjuges, se o divórcio tiver sido decretado por mútuo consentimento, ou se, tratando-se de divórcio litigioso, ambos forem considerados igualmente culpados.

Excepcionalmente, pode o tribunal, por motivos de equidade conceder alimentos ao cônjuge que a eles não teria direito, nos termos que acabámos de enunciar, considerando em particular a duração do casamento e a cooperação prestada por esse cônjuge à economia do casal (artigo 2016.º do Código Civil).

Ao contrário do que alguma jurisprudência tem entendido, o dever de alimentos não significa que um dos cônjuges se vá transformar vitaliciamente em pensionista do outro. Tal situação levaria, como tem levado quando os tribunais a impõem, a infundáveis disputas entre os ex-cônjuges, com graves prejuízos patrimoniais para o cônjuge obrigado a alimentos que se vê impedido de gerir convenientemente a sua actividade profissional e o seu património. O casamento extingui-se; portanto, todas as suas consequências patrimoniais e pessoais também se devem extinguir.

O dever de alimentos deve durar só durante um curto período transitório. Durante o período necessário para adaptação do ex-cônjuge mais necessitado, a uma vida economicamente independente, em que é de sua responsabilidade a angariação dos meios necessários à sua subsistência. Numa sociedade adulta, cada pessoa deve suprir às suas necessidades de existência, ou então ser assistida pela Segurança Social. Os restantes casos serão excepcionais.

Assim, e nesta ordem de ideias, se um dos cônjuges no momento do divórcio se encontra doente, poderão ser-lhe arbitrados alimentos durante o período previsível da sua recuperação física. Ou, se um dos cônjuges, não exercia uma profissão remunerada, podem ser-lhe arbitrados alimentos durante o período necessário para ele encontrar traba-

lho. Período que deve ser pré-fixado pelo tribunal, e que, em caso algum, deve exceder escassos meses.

Só não será assim em casos excepcionais. Suponha-se que o marido sempre impediu a mulher de exercer uma actividade remunerada. E que esta, depois do divórcio, por condições de saúde, idade ou outras, se encontra sem meios de ganhar o seu sustento. Neste caso, competirá ao marido sustentá-la indefinidamente.

A regra geral sobre a medida dos alimentos está fixada no artigo 2004.º: os alimentos serão proporcionados aos meios daquele que houver de prestá-los e a necessidade daquele que houver de recebê-los, atendendo-se à possibilidade de o alimentando prover à sua subsistência.

Na fixação do montante dos alimentos, prescreve o artigo 2016.º, quanto ao divórcio e à separação judicial de pessoas e bens, deve o tribunal tomar em conta a idade e o estado de saúde dos cônjuges, as suas qualificações profissionais e possibilidades de emprego, o tempo que terão de dedicar, eventualmente, à criação de filhos comuns, os seus rendimentos e proventos e, de um modo geral, todas as circunstâncias que influam sobre as necessidades do cônjuge que recebe os alimentos e as possibilidades do que os presta.

Há que introduzir nesta matéria algumas precisões e desenvolvimentos.

A primeira, é a de que os alimentos a prestar não visam colocar o ex-cônjuge alimentando no nível de vida do período em que esteve casado. O casamento extinguiu-se, e com ele o estatuto patrimonial de cada um dos cônjuges, dele dependente. Os alimentos visam, sim, garantir ao cônjuge alimentando, durante o espaço de tempo que indigeei, a satisfação das suas necessidades de modo condigno, em termos dependentes das possibilidades do obrigado.

Se os filhos são maiores, não terá de se levar em conta o tempo que os cônjuges terão de dedicar à criação de filhos comuns... por estes estarem criados.

Resumamos: os alimentos serão concedidos durante um prazo intercalar, entre a extinção do casamento e a retomada da actividade económica normal pelo cônjuge alimentando; prazo necessariamente curto. Estes alimentos não visam colocar o cônjuge alimentando no nível de vida que tinha enquanto casado, mas unicamente garantir-lhe a satisfação das suas necessidades, embora de modo condigno.

Quem entender de modo contrário, transformando a obrigação de alimentos numa pensão vitalícia a prestar por um dos cônjuges ao outro, perpetuará um estado que se extinguiu, com gravíssimos inconvenientes pessoais e sociais.

2.3 – Destino dos filhos menores

No caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, o destino dos filhos, os alimentos a estes devidos, e a forma de os prestar será objecto de acordo dos pais, sujeito a homologação do tribunal (artigo 1905.º, 1 do Código Civil). Na falta de acordo, o tribunal decidirá de harmonia com o interesse do menor, podendo este ser confiado à guarda de qualquer dos pais, ou, quando haja perigo para a segurança, saúde, formação moral e educação do filho, à guarda de terceira pessoa ou de estabelecimento de educação ou assistência (número 2 do artigo 1905.º).

Sublinhe-se, a este propósito, que não há qualquer razão, resultante da natureza das coisas, da psicologia, etc., que leve a confiar sistematicamente os filhos de tenra idade às mães. A paternidade e a maternidade têm igual dignidade, facto pelo qual o pai tem a mesma legitimidade para aspirar à guarda dos filhos, seja qual for a idade – exceptuando-se o caso de estes ainda serem lactentes e serem alimentados pelo leite materno – o que, infelizmente, sucede cada vez menos em Portugal.

O poder paternal é exercido pelo progenitor a quem o filho foi confiado (artigo 1906.º).

Quanto ao direito a alimentos que assiste aos filhos menores, a medida deste está sujeita às possibilidades de quem o presta e às necessidades de quem o exige. Se os filhos viverem com um dos ex-cônjuges, terão direito a exigir do outro só o necessário para suprir às suas despesas de educação, alimentação, vestuário, etc., não podendo ser tomado como referência o nível de vida que tinham antes do divórcio.

3 – DATA A PARTIR DA QUAL SE PRODUZEM OS EFEITOS DO DIVÓRCIO

Os efeitos do divórcio produzem-se a partir do trânsito em julgado da sentença, mas retrotraem-se à data da proposição da acção quanto às relações patrimoniais entre os cônjuges (artigo 1789º, 1, do Código Civil).

Se a falta de coabitação entre os cônjuges tiver ficado provada no processo, qualquer deles pode requerer que os efeitos do divórcio se retrotraiam à data, que a sentença fixará, em que a coabitação tenha cessado por culpa exclusiva ou predominante do outro (número 2).

Os efeitos patrimoniais do divórcio só podem ser opostos a terceiros a partir da data do registo da sentença (número 3).

Bibliografia fundamental:

Antunes Varela. *ob. cit.*, págs. 496 a 506.

2
A filiação

XXIV LIÇÃO

A FILIAÇÃO COMO PROBLEMA JURÍDICO

INTRODUÇÃO

Com a segunda sub-parte, a filiação, da primeira parte das presentes Lições, passo a ocupar-me do direito da filiação; do capítulo do Direito da Família que tem por objecto a constituição das relações de maternidade e de paternidade, e os seus efeitos (estado de pai e de mãe, e estado de filho), tanto no campo pessoal como no aspecto patrimonial.

Tratei, oportunamente, dos princípios constitucionais do direito da filiação.

Cabe, nesta introdução, salientar os seguintes aspectos da filiação como problema jurídico.

Antes da concepção não há – ou, antes, não tem havido – um problema jurídico da filiação. Está-se na zona da liberdade, dos direitos da personalidade: todo o ser humano tem a faculdade de manter relações sexuais com outrem para ter filhos; dentro ou fora do casamento. Trata-se de uma manifestação da faculdade de cada um de se realizar como «humano»; de prosseguir a sua felicidade. Assiste ao sujeito um direito de excluir terceiros desta esfera pessoal. O Estado e a sociedade, mesmo tendo interesse na substituição da geração, não dispõem de qualquer tutela jurídica para este interesse.

Contudo, o avanço da ciência tem levado à intervenção do Direito (ou seja, do Estado) nesta matéria. Diversas legislações, nomeadamente anglo-saxónicas, propendem a proibir a procriação por parte dos portadores de graves doenças físicas ou mentais, transmissíveis ou não por herança – chegando-se, mesmo, a aceitar, ou a impôr, a esterilização dos doentes. Com base no motivo de que os filhos teriam de ficar a cargo do Estado, por incapacidade de os pais se ocuparem deles; ou que, portadores das doenças dos progenitores, passariam uma vida de sofrimento.

Mas, a liberdade de cada pessoa de ter filhos, quando quiser e quantos quiser, tem levado a permitir a fecundação artificial de pes-

soas solteiras — apesar do interesse evidente do filho em viver no seio de uma família completa e não, unicamente, unilinear.

Todavia, o problema jurídico da filiação põe-se, só, tradicionalmente, no momento do estabelecimento da paternidade e da maternidade: cada ser humano tem o direito de saber quem são o seu pai e a sua mãe. E, posteriormente, de ser criado por eles, para sua plena humanização. Tal como o pai e a mãe, para além do direito de procriarem, têm, para sua plena humanização, o direito de educar o filho.

O problema jurídico da filiação põe-se, pois, a nível da constituição da relação e da regulamentação do estado.

Sublinho, a terminar, que as relações jurídicas de filiação são independentes, em princípio, de a filiação se ter constituído no quadro de um casamento, ou fora dele.

Tradicionalmente, o casamento era a única fonte «legítima» da procriação. Os filhos nascidos fora do casamento («ilegítimos») sofriam um estatuto inferior aos filhos legítimos.

No direito português constituído este estatuto discriminatório foi abolido em tudo o que não seja imposto pela natureza das coisas. O desejo do legislador de equiparar todos os filhos, reflecte-se bem no artigo 1911.º, 3, do Código Civil: as regras do poder paternal valem igualmente para os filhos nascidos fora do casamento, se os progenitores conviverem maritalmente e declararem, perante o funcionário do registo civil, ser essa a sua vontade. Ou seja: o legislador é indiferente ao casamento, nesta matéria; tutelando juridicamente as situações de facto (comunhão de vida) coincidentes com a substância do matrimónio.

1 — O ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO

O regime do estabelecimento da maternidade e da paternidade assenta no respeito da «verdade» biológica da filiação. A lei quer que os pais «jurídicos» sejam os pais «naturais». A mãe será aquela de cujo ventre o filho nasceu; o pai será aquele cujo espermatozóide fecundou o óvulo.

Ficam em aberto, vê-lo-emos na lição seguinte, os problemas jurídicos levantados pelas técnicas de reprodução artificial, de que o Código Civil se não deu conta.

Antes de mais, a lei faculta aos interessados e promove, mesmo, directamente, a pesquisa da paternidade e da maternidade com vasta abertura, eliminando os pressupostos da sua pesquisa (artigo 1871.º do Código Civil).

Depois, tenta fazer coincidir a paternidade e a maternidade «biológicas» com as «jurídicas»; a reforma do Código Civil de 1977, nesta ordem de ideias, admitiu, nas acções de filiação, os meios de prova científica (artigo 1801.º); consagrou, quanto à maternidade, o sistema da filiação, independentemente de qualquer reconhecimento da mãe; admitiu diversos casos de cessação da presunção de que o pai seria o marido da mãe; etc.

A progressiva divisão social do trabalho, destruindo a família-unidade de produção, libertou os filhos de certos vínculos de subordinação económica. Dependem-se, hoje, mais, e mais cedo, do produto do trabalho do que da assistência familiar.

Com a destruição – sempre incompleta – da tradição e da dominação, a família transforma-se num espaço ocupado por indivíduos, prosseguindo cada um, à sua maneira, a via da sua própria felicidade. A ordem familiar resulta de um auto equilíbrio, deixando de ser imposta de fora. As lições da psicologia conduzem os pais a respeitar, desde cada vez mais cedo, as pessoas dos seus filhos-crianças, educando-os para a autodeterminação e para a auto-responsabilidade.

A maior taxa de divorcialidade e o número crescente de famílias unilineares, reduzidas a um dos progenitores e aos seus filhos, exigiu uma crescente autonomia dos filhos.

Lembramos que, já de há anos, a jurisprudência francesa entende que os pais não devem ser responsabilizados pelos acidentes de motocicleta imputáveis aos filhos por não terem, desde cedo, autoridade suficiente para os impedirem de utilizar esse veículo.

Em alguns ordenamentos jurídicos já se caminha no sentido de permitir que os filhos promovam a dissolução da sua relação (jurídica) de filiação quando esta não lhes convenha.

A maioridade adquire-se, de direito e de facto, cada vez mais cedo. E, em muitos aspectos, o respeito da pessoa humana leva a que esta «maioridade» seja natural, não dependendo da idade.

2 – AS RELAÇÕES ENTRE PAIS E FILHOS (EVOLUÇÃO)

A evolução da família tem levado a descobrir o filho como pessoa «independente» dos pais e, desde cedo, autónoma.

Diversos factores contribuíram para este resultado.

Antes de mais, a libertação da mulher e dos filhos do «poder paternal».

Até ao século XIX, referi-o na V lição, a família apresentava uma estrutura hierárquica dominada pelo pai; cujo poder, quase absoluto, se prolongava bastante no tempo. O pai-chefe representava a família, administrava os seus bens e dispunha, de direito ou de facto, das pessoas e dos bens dos membros do agregado familiar.

O poder paternal prolongava-se, de facto, depois da maioridade dos filhos, pelo menos na medida em que estes estivessem dependentes do património ou da empresa familiar.

As representações sociais sobre a estrutura da família e o poder do pai têm vindo a transformar-se desde o século XIX, com particular rapidez neste século, desde os anos sessenta. O acesso da mulher ao mercado do trabalho conduziu rapidamente à libertação da esposa do poder do marido. A menor dependência dos filhos do património dos pais também contribuiu para a sua autonomia.

A diminuição do poder paternal é contemporânea da transferência, para a sociedade e para o Estado, de um certo número das funções tradicionais da família (ver a III lição).

A função de transmissão da ciência e da técnica foi transferida para estabelecimentos escolares exteriores à família. As crianças, desde cedo, saem de casa, e integram-se noutras estruturas sociais de poder que limitam a autoridade paternal.

A adaptação aos valores sociais também só em parte é realizada pela família: a escola, o grupo de amigos, a associação, o partido, constituem grupos determinantes na formação da criança-ser-social.

XXV LIÇÃO

A FILIAÇÃO COMO PROBLEMA SOCIAL

I – AS TECNOLOGIAS DA REPRODUÇÃO ARTIFICIAL.

Segundo Platão (livro V de «A República»), Sócrates teria defendido teorias eugénicas: «É preciso criar relações muito frequentes entre os homens e as mulheres superiores, e rarificá-las, pelo contrário, entre os sujeitos inferiores de um e do outro sexo; além disso, devem criar-se os filhos dos primeiros, e não os dos segundos, se quisermos que o rebanho atinja a mais elevada perfeição».

Durante milénios a natural liberdade do ser humano impediu que estes votos se concretizassem; e a técnica e a ciência, ainda rudimentares, não descobriram as vias para imporem ao ser humano as vias eugénicas, apesar dele. Os casais continuaram a reproduzir-se naturalmente; com todos os riscos e incertezas, mas também maravilhas inenarráveis; a composição das sociedades devem tudo aos acasos da associação dos patrimónios genéticos; os Estados continuaram a recrutar os seus servidores entre o «material humano» existente.

Para quando o «Admirável mundo novo»? Em que os seres humanos estariam (finalmente...) libertados das pesadas tarefas da procriação e da educação dos seus substitutos (concebidos e criados em máquinas, conformados socialmente em instituições do Estado); em que a substituição de cada geração se faria através de indivíduos respondendo física e psicologicamente às exigências da repartição social do trabalho; e onde a conformação de cada um à ordem social seria mecânica, assegurada rigidamente através de estímulos químicos e psicológicos – na submissão completa de cada um às leis do Estado... O mundo em que se consubstanciase o ideal antropológico da antiguidade clássica, do «continuum» Natureza-Estado-Homem; sendo o homem reduzido à sua dimensão de «animal social», de ser-no-mundo, irremediável e naturalmente.

Criar o ser humano (segundo um certo modelo) de acordo com a procura... Começou-se pelo mais fácil: criar o ser humano artificialmente. Mas já as vozes contrárias se levantam.

Em 1780 o padre Spallanzani insere artificialmente uma cadela: nascem três cachorros. Em 1791, na Inglaterra, Hunter leva a cabo a primeira inseminação em seres humanos: uma mulher é inseminada com o esperma do marido; nasce um filho. Em 1804 leva-se a cabo, em França, uma inseminação idêntica.

Em 1884, nos E.U.A., Pancoast pratica a primeira inseminação extraconjugal; o doador é um estudante seleccionado: o melhor do seu curso (dá-se o passo seguinte: tenta melhorar-se o produto).

Até 1927 terá havido 88 casos em todo o mundo; em 1941 terão ascendido a 9580.

A congelação dos espermatozoides em azoto líquido divulgou a inseminação artificial, permitindo a constituição de bancos de esperma. Até 1990 terão sido concebidas, por inseminação artificial, cerca de trezentas mil crianças, só nos E.U.A. – das quais quase metade com esperma não pertencente ao marido da mãe.

Ter filhos quando se quiser, no número que se quiser, mas ainda não como se quiser.

A artificialidade da concepção acresce com a fecundação «in vitro». A fecundação dos óvulos da futura mãe é feita numa «provetas»; alguns dias mais tarde, o embrião é implantado no útero da mãe. O primeiro bebé-proveta terá sido Luísa Brown, nascida em 1979, em Manchester.

As hipóteses de sucesso da fecundação «in vitro» são reduzidas: menos de 20% depois da implantação do embrião. Assim, há que produzir múltiplos embriões e mantê-los congelados para as sucessivas tentativas. A implantação simultânea de diversos embriões levou ao nascimento, em 1986, na Inglaterra, de sêxtuplos.

Em 1984 fecundou-se, com o esperma do marido, um óvulo de uma terceira mulher, no ventre desta. Cinco dias depois, o embrião foi implantado no ventre da esposa do dador.

O «empréstimo do ventre» passou a prolongar-se no tempo. A mulher inseminada passou a acolher, no seu ventre, a criança, até ao nascimento desta. Entregando-a (ou não...), depois, aos pais biológicos. Em 1987, na África do Sul uma avó «emprestou» o seu ventre, para aí serem implantados embriões. Deu à luz três gémeos, seus netos, filhos da sua filha...

Mas já se prevêem novos avanços.

Pensa-se, para próximo, o momento em que toda a gestação decorreria fora do ventre de uma mulher, «in vitro», até ao fim de

nove meses. E, a montante, a manipulação genética permitiria eliminar as doenças hereditárias e, mesmo, as características naturais, físicas ou mentais.

Ter filhos como se quiser...

Com o aumento das possibilidades da ciência e da técnica, já se imagina o momento em que a fecundação se realizaria sem o concurso de células masculinas... «o homem a mais»!

Como alternativa parcial para a fecundação «in vitro» sugere-se a implantação do embrião no útero de um animal, antes da sua implantação definitiva num ventre de mulher. A separação dos espermatozoides e dos óvulos do corpo de que fazem parte, levou à sua «coisificação», quando não à sua mercantilização. Os espermatozoides e os óvulos, congelados ou não, são utilizados com os mais diversos fins, para inseminação ou não, produzindo algumas vezes embriões destinados a experiências.

Em 1984, um médico terá utilizado a fecundação «in vitro» para criar um embrião destinado a medir a secreção de uma hormona. E são frequentes as denúncias da utilização de crianças, extraídas ainda vivas do ventre das mães na sequência de abortos provocados, para experiências científicas ou de carácter meramente comercial.

Levantam-se problemas jurídicos respeitantes à titularidade dos espermatozoides depositados: tendo o marido depositado, antes de morrer, num banco de esperma, os seus espermatozoides, depois da sua morte que fazer deles? Entregá-los à viúva, que os reclama? À amante, a quem o defunto os legou? Bens da personalidade ou bens do património...

Sobrevive-se através das suas células. Não haverá um «dever» de morrer «completamente»?...

De todo o lado se erguem vozes a apoiar este movimento; a recomendar precaução; a reprovar.

Na primeira linha da reprovação está a Igreja Católica.

Em 1987, a Congregação para a Doutrina da Fé publicou uma «Instrução sobre o respeito da vida humana nascente e a dignidade da procriação» em que se reafirma o dever de protecção do ser humano desde o primeiro instante da sua existência – a concepção. Bem como a interdição de dissociar a procriação do acto sexual. Proíbem-se a inseminação artificial com doador exterior ao casal; a inseminação dos celibatários; a inseminação praticada «post-mortem»; a fecundação

«in vitro»; as mães de substituição; os bancos de esperma; os bancos de embriões; a morte dos embriões não necessários para a implantação; etc. A inseminação artificial entre esposos é aceite, desde que não se substitua ao acto conjugal, mas apareça, antes, como uma ajuda para que aquele atinja o seu fim natural.

A Assembleia parlamentar do Conselho da Europa convidou os Estados a proibir: a gravidez inteiramente artificial; a criação de seres humanos idênticos por clonagem ou outros métodos, para selecção de raça ou outro fim; implantação de um embrião humano no útero de uma fêmea de outra espécie, ou vice-versa; a fusão de gametas humanos com os de outra espécie; a criação de embriões com o esperma de indivíduos diferentes; a fusão de embriões ou qualquer outra operação susceptível de produzir híbridos; a criação de filhos de pessoas do mesmo sexo; a escolha do sexo através de manipulação genética com fins não terapêuticos; a criação de gémeos idênticos; etc. Ter os filhos que se quiser, e quando se quiser, mas não como se quiser. A criança sob medida ainda encontra obstáculos científicos e éticos.

Mas... no meio de tudo isto, a quem pertencem os filhos?... ou, quem são os seus pais?

2 - A REPRODUÇÃO ARTIFICIAL E O DIREITO DA FILIAÇÃO

«A quem pertencem os filhos da escrava?» pergunta François Terré («L'enfant de l'esclave, Génétique et Droit», Paris, 1987, p. 9).

Quando a escrava se tinha mantido na posse do dono, a resposta não oferecia dúvidas: os filhos pertenciam ao senhor.

Mais tarde, sob o cristianismo, sobretudo a partir do século XI, o filho gerado numa mulher, na posse de um homem, na exclusividade de um casamento, pertencia (e *tinha* de pertencer) ao marido da mãe. Tudo se organiza - Direito, ética, costumes, hábitos - para garantir o vínculo de uma mulher a um homem, no seio de um matrimónio. Em troca da submissão da mulher ao marido, este comprometia-se a amá-la e a protegê-la, a fazer seus os filhos que tivesse dela. E para garantir a mulher e os seus filhos, presumiam-se do marido todos os filhos nascidos do matrimónio, certificados pela fidelidade da esposa.

O problema da titularidade (propriedade) do filho assume até ao século XVIII um grande relevo. Pois o filho de um certo homem vai suceder (*tem* de suceder) nos bens deste, na sua posição social, no seu poder, na sua *honra*. E vai suceder por ter a legitimidade do mesmo sangue que lhe permite continuar a pessoa do falecido. O homem (o pai) teme que a sua vida seja em vão, que não se prolongue na eternidade terrestre, se não tiver descendentes legítimos.

Assim, a pena de adultério da mulher chega a superar a do crime de morte. Com o adultério, não só se comete um acto contra o marido e a família deste, como contra a ordem social perturbada pela ilegitimidade que lança o conflito nas famílias e coloca em posições sociais, que não lhes competem pelo sangue, estranhos, ilegítimos.

Direito, sociedade, marido, família, controlam apertadamente a mulher-mãe. Tudo parece resolvido. O filho concebido pelos esposos, nascido na constância do casamento é legítimo, «propriedade» do pai e, naturalmente, da mãe, da mulher de cujo ventre saiu.

Mas a realidade nunca é tão simples como se pode pensar, continua Terré (página 10). E... se a escrava fugiu, se foi emprestada pelo dono, se foi confiada a outrem em depósito, e teve filhos? E se foi dada em usufruto?...

Desde a «primeira revolução sexual» de meados do século XVIII (tudo depende, realmente, do país e do grupo social) que os vínculos conjugais se têm vindo a esbater. A efectiva posse exclusiva pelo marido da sua mulher, veio a tornar-se menos certa. A presunção da paternidade do marido da mãe veio – de começo muito lentamente – a perder segurança. E a taxa crescente de ilegitimidade veio colocar novos problemas de estabelecimento da paternidade. De começo, problemas só sociais ou éticos. Havia um número crescente de crianças que havia que criar, filhos de mães solteiras ou desconhecidas. Rejeitavam-se socialmente para uma marginalidade, mais ou menos tutelada pela sociedade e pelo Estado, pois a descoberta do pai lançaria grave desordem social. Mas, pouco a pouco, este problema social transformou-se num problema jurídico: sentia-se o imperativo de atribuir a cada criança um pai... desde que este não fosse já casado... mais tarde, mesmo que o fosse.

Desde a «segunda revolução sexual» dos anos sessenta deste século, as relações socialmente reconhecidas entre um homem e uma mulher multiplicaram-se. Com o casamento (comunhão de vida, «propriedade plena», perpétua «ius excludendi alii») coexistem «direitos limitados», múltiplas formas de relacionamento, «limitadas» no tempo e no conteúdo, multifacetadas, algumas vezes indefiníveis.

Os filhos da escrava eram frutos? Pertencendo, portanto ao usufrutuário (ao pai)?; ou faziam parte da «substância» da coisa, pertencendo assim ao proprietário da raiz (à mãe)? A origem e a natureza do filho fizeram ligá-lo à «substância» que é a mãe.

A progressiva instabilidade do casamento e das relações «more uxorio» contemporâneos levaram à ligação cada vez mais estreita à «substância» da mãe – única referência segura. Tanto mais que, tendo a família contemporânea perdido alguma da importância da família tradicional, privatizando-se ela e os seus membros, os vínculos de uma pessoa a uma família unilinear parecem satisfatórios. No caso de dissolução do casamento os filhos, na mesma ordem de ideias, ficam ligados à «raiz», à mãe; o mesmo sucede, por maioria de razões, nas ligações temporárias.

Mas será que, se o pai é «incerto», a mãe é ainda, por força das técnicas de reprodução artificial, «certa»? E quem é a mãe? Aquela de cujo ventre sai a criança? Privilegiar-se-iam as mães de substituição. Aquela que cedeu o óvulo? Penalizar-se-iam, eventualmente, as gestoras doadoras de óvulos a mulheres estéreis. A quem pertence a criança quando uma mulher traz no útero um nascituro, gerado com células de um homem (talvez do marido, talvez de terceiro...) e de outra mulher, «destinado» a outro casal (ou a outro homem, ou a outra mulher) que nada tem a ver com os anteriores? E se a criança se vier a desenvolver em placenta artificial? sobretudo se um dos pais «biológicos» for desconhecido e o outro a rejeitar?

Voltemos atrás: se a criança tiver sido concebida, depois da morte do pai, casado com a mãe, a partir de células daquele?

Eis o «novo» problema que se põe – ainda muito em termos de futurologia. Regressemos, pois, ao bom e velho problema da filiação.

Bibliografia fundamental:

François Terré. *L'enfant de l'esclave, Génétique et Droit*, Paris, 1967 (?).

XXVI LIÇÃO

ESTABELECIMENTO DA MATERNIDADE

INTRODUÇÃO

Estabelecimento da paternidade e da maternidade

O n.º 1 do artigo 1796.º do Código Civil, ao estabelecer que, relativamente à mãe, a filiação resulta do facto do nascimento, afirma a total predominância do facto «biológico» da maternidade como determinante da criação do estado de filho. Facto «biológico» no sentido tradicional, já o vimos, pois, hoje, o ventre que albergou a gestação da criança pode ser diferente do ventre de onde saiu o óvulo que, fecundado, gerou aquela criança.

O estabelecimento da maternidade, vamos descrevê-lo seguidamente, deriva da menção desta no registo do nascimento do filho; da declaração da maternidade; e do seu reconhecimento judicial.

1 - ESTABELECIMENTO DA MATERNIDADE ATRAVÉS DA MENÇÃO DESTA NO REGISTO DE NASCIMENTO DO FILHO. DECLARAÇÃO DE MATERNIDADE

1.1 - Estabelecimento da maternidade através da menção desta no registo do nascimento do filho

Segundo o artigo 1803.º do Código Civil, aquele que declarar o nascimento deve, sempre que possa, identificar a mãe do registado; sendo a maternidade indicada, mencionada no registo.

Qualquer pessoa que tenha a capacidade natural para entender o nascimento e a maternidade pode fazer a declaração. Mesmo que a mãe se oponha a essa identificação, pois o interesse público do estabelecimento da maternidade e o interesse coincidente do filho, sobrelevam o eventual interesse (illegítimo) de mãe em não ser conhecida.

Não há sequer lugar à averiguação sobre a verdade da declaração: o seu controlo far-se-á, eventualmente, mais tarde, em sede de impugnação da maternidade (artigo 1807.º do Código Civil).

Os efeitos desta declaração são diferentes conforme o nascimento tiver ocorrido há menos ou há mais de um ano.

No caso de o nascimento ter ocorrido há menos de um ano, o artigo 1804.º, 1, determina que a maternidade indicada se considera estabelecida.

O conteúdo do assento deve ser comunicado à mãe, logo que possível, mediante notificação pessoal, salvo se a declaração tiver sido feita por ela ou pelo marido (n.º 2).

Neste caso, a mãe não pode negar essa qualidade.

Se o nascimento declarado tiver ocorrido há um ano ou mais, a maternidade indicada só se considera estabelecida se a mãe for o declarante, estiver presente no acto, ou nele se achar representada por procura-

dor com poderes especiais (artigo 1805.º, 1). Fora destes casos, a pessoa indicada como mãe será notificada pessoalmente para, no prazo de quize dias, vir declarar se confirma a maternidade, sob a cominação de o filho ser havido como seu (n.º 2); se a pretensa mãe negar a maternidade ou não poder ser notificada, a menção fica sem efeito (n.º 3).

O disposto no número 3 não significa que o estabelecimento da maternidade fique à disposição da mãe; mas, tão só, que, nestes casos, a averiguação da maternidade seguirá um caminho mais longo e mais seguro, o da averiguação oficiosa (artigos 1808.º e seguintes do Código Civil).

1.2 – Declaração da maternidade

A mãe pode, em qualquer momento, declarar a sua maternidade, se o registo for omissivo quanto a esta; salvo tratando-se de filho nascido ou concebido na constância do matrimónio e existir perfilhação por pessoa diferente do marido (artigo 1806.º, 1).

A mãe pode fazer a declaração pessoalmente ou através de representante. Neste caso, a maternidade considera-se estabelecida, quer tenha decorrido um ano sobre o nascimento, quer não.

Se esta declaração for feita por qualquer das pessoas legitimadas para a declaração do nascimento, nos termos do artigo 97.º do Código do Registo Civil, aplica-se o disposto nos artigos 1803.º a 1805.º do Código Civil (n.º 2 do artigo 1806.º) – ou seja, tudo dependerá de saber se já decorreu um ano sobre o nascimento, ou não.

Em qualquer dos casos referidos anteriormente, não é necessário o assentimento do filho maior.

No caso de o filho ser nascido ou concebido na constância do matrimónio, e existir perfilhação por pessoa diferente do marido da mãe, esta não pode fazer a declaração prevista no artigo 1806.º: deverá requerer ao tribunal que declare a maternidade (artigo 1824.º, 1).

1.3 – Impugnação da maternidade

Se a maternidade estabelecida mediante declaração (artigo 1803.º e seguintes) não for verdadeira, pode a todo o tempo ser

impugnada em juízo pela pessoa declarada como mãe, pelo registado, por quem tiver interesse moral ou patrimonial na procedência da acção, ou pelo Ministério Público (artigo 1807.º do Código Civil).

A impugnação prevista no artigo 1807.º do Código Civil distingue-se da acção de invalidade das declarações previstas nos artigos 1803.º e seguintes. O acto pode ser inválido, mas o seu conteúdo corresponde à verdade material; ou vice-versa. Parece menos acertada a prescrição legal de a impugnação poder ser apresentada a qualquer tempo por qualquer interessado. Cria-se, assim, uma grave instabilidade do estado de filho. Creio que bastaria, para assegurar o equilíbrio entre a segurança jurídica e a verdade material, fixar um prazo para a impugnação, tornando-a, a partir deste limite, dependente da vontade do filho.

mónio da pretensa mãe, a descoberta da maternidade desencadeia a presunção de paternidade do marido da mãe (artigo 1826.º).

A improcedência desta acção oficiosa não obsta a que seja intentada nova acção de investigação de maternidade, ainda que fundada nos mesmos factos (artigo 1813.º). Obsta-se a que um procedimento officioso menos diligente venha precluir o direito do interessado à investigação da maternidade.

2.2 — Reconhecimento judicial da maternidade

2.2.1 — Reconhecimento a pedido do filho

Quando não resultar de declaração, a maternidade pode ser reconhecida em acção especialmente intentada pelo filho para esse efeito (artigo 1817.º). O prazo geral para esta acção é o período da menoridade do investigante ou os dois primeiros anos posteriores à sua maioridade ou emancipação (artigo 1817.º, 1).

A acção deve ser proposta contra a pretensa mãe ou, se esta tiver falecido, contra o cônjuge sobrevivente não separado judicialmente de pessoas e bens e também, sucessivamente, contra os descendentes, ascendentes ou irmãos; na falta destas pessoas, será nomeado curador especial (artigo 1819.º, 1); quando existam herdeiros ou legatários cujos direitos sejam atingidos pela procedência da acção, esta não produzirá efeitos contra eles se não tiverem sido também demandados (n.º 2).

2.2.1.1 — Acção de investigação de maternidade no caso de filho nascido ou concebido na constância do matrimónio da pretensa mãe

A acção de investigação deve ser intentada também contra o marido e, se existir perfilhação, ainda contra o perfilhante, se o filho tiver nascido ou sido concebido na constância do matrimónio da pretensa mãe (artigo 1822.º, 1). Nestes termos, o filho estabelecerá, não só a sua maternidade, como também a sua paternidade, através do funcionamento da presunção de paternidade fixada no artigo 1826.º.

Pode ser que o filho, para além de ter nascido ou sido concebido no decurso do casamento da pretensa mãe, tenha sido perfilhado por

2 — AVERIGUAÇÃO OFICIOSA DA MATERNIDADE. RECONHECIMENTO JUDICIAL DA MATERNIDADE

2.1 — Averiguação oficiosa da maternidade

Sempre que a maternidade não esteja mencionada no registo de nascimento, deve o funcionário remeter ao tribunal certidão integral do registo e cópia do auto de declarações, se as houver, a fim de se averiguar officiosamente a maternidade (artigo 1808.º, 1); o tribunal deve proceder às diligências necessárias para identificar a mãe; se, por qualquer modo, chegar ao seu conhecimento a identidade da pretensa mãe, deve ouvi-la em declarações, que são reduzidas a auto (n.º 2); será lavrado termo e remetida certidão para averbamento à repartição competente para o registo (n.º 3); se a maternidade não for confirmada, mas o tribunal concluir pela existência de provas seguras que abonem a viabilidade da acção de investigação, ordenará a remessa do processo ao agente do Ministério Público junto do tribunal competente, a fim de a acção ser proposta (n.º 4).

Tal acção não poderá ser intentada se, existindo perfilhação, a pretensa mãe e o perfilhante forem parentes ou afins em linha recta ou parentes no segundo grau da linha colateral; ou se tiverem decorrido dois anos sobre a data do nascimento (artigo 1809.º).

Se, em consequência do disposto no artigo 1808.º, o tribunal concluir pela existência de provas seguras de que o filho nasceu ou foi concebido na constância do matrimónio da pretensa mãe, ordenará a remessa do processo ao agente do Ministério Público junto do Tribunal competente a fim de ser intentada a acção prevista no artigo 1822.º acção de investigação intentada também contra o marido da pretensa mãe e, se existir perfilhação, ainda contra o perfilhante (artigo 1810.º). Com efeito, se o filho nasceu ou foi concebido na constância do matri-

pessoa diferente do marido da investigada; por o registro ser omisso quanto à maternidade. Nesta situação, o filho deve dirigir a acção contra a pertensa mãe, contra o marido desta e contra o perfilhante (artigo 1822.º 1). Assim se obterá o estabelecimento da maternidade e da paternidade verdadeiras.

Durante a menoridade do filho, a acção pode ser intentada pelo marido da pretensa mãe contra esta e o filho e, se existir perfilhação, também contra o perfilhante (artigo 1822.º 2). Normalmente, o marido, através da investigação da maternidade do pretenso filho de sua esposa, vem fixar também a sua paternidade.

A acção de investigação da maternidade também pode ser intentada, já o referi, pelo Ministério Público na sequência da averiguação oficiosa prevista nos artigos 1808.º e segs..

Na acção que acabo de referir, pode ser sempre impugnada a presunção de paternidade do marido da mãe (artigo 1823.º 1); se o filho tiver sido perfilhado por pessoa diferente do marido da mãe, a perfilhação só prevalecerá se for afastada a presunção de paternidade (n.º 2). Visa-se evitar, com estas normas, que o estabelecimento da maternidade envolvesse automaticamente a paternidade, falsa, do marido da mãe; paternidade que teria de ser elidida, posteriormente, por uma outra acção.

2.2.2 – Estabelecimento da maternidade a pedido da mãe

A mãe pode requerer ao tribunal que declare a maternidade, no caso de o filho ser nascido ou concebido na constância do matrimónio, e existir perfilhação por pessoa diferente do marido da mãe (artigo 1824.º 1).

Deste modo se evita que a mãe, mediante uma simples declaração de maternidade, faça operar a presunção da paternidade do seu marido, corrigindo a menção da paternidade de terceiro.

A acção referida no número 1 do artigo 1824.º é a acção de investigação da maternidade regulada nos artigos 1822.º e 1823.º.

Bibliografia fundamental:

Guilherme de Oliveira, *Estabelecimento da Filiação – Notas aos artigos 1796.º a 1873.º do Código Civil*, Coimbra, 1979, págs. 8 a 58; id., *O estabelecimento da filiação, mudança recente e perspectivas*, separata do B.F.D.C., LXI (1985).

XXVII LIÇÃO

ESTABELECIMENTO DA PATERNIDADE

INTRODUÇÃO

O estabelecimento da paternidade efectua-se através da presunção de paternidade, da perfilhação e do reconhecimento judicial da paternidade.

Estas três vias têm dois denominadores comuns: o de satisfazerem o direito de cada ser humano a conhecer o seu pai; e o de fazerem coincidir a paternidade jurídica com a paternidade biológica.

1 – PRESUNÇÃO DA PATERNIDADE DO MARIDO DA MÃE. IMPUGNAÇÃO DA PATERNIDADE

1.1 – Presunção da paternidade do marido da mãe

Presume-se que o filho nascido ou concebido na constância do matrimónio da mãe, tem como pai o marido desta, dispõe o artigo 1826.º, 1.

A presunção enunciada («pater is est...») assenta nos dados da experiência: o marido da mãe é, normalmente, o pai dos filhos desta.

Contudo, o legislador abriu diversas portas à destruição de tal presunção – artigos 1829.º, 1832.º e 1839.º.

A anulação do casamento civil e a declaração de nulidade do casamento católico não excluem essa presunção de paternidade (artigo 1827.º). Assim, a invalidade do casamento, com consequente destruição retroactiva dos seus efeitos, não transforma em filhos nascidos fora do casamento, os filhos nascidos nos quadros de um casamento (ora) inválido, nem elide a presunção de paternidade do artigo 1827.º.

Depois de fixar o referido princípio geral, a lei ocupa-se em delimitá-lo, estabelecendo limites temporais à presunção. Uma criança nascida pouco tempo depois de dissolvido o casamento presume-se concebida na constância do casamento – funcionando a presunção da paternidade do marido da mãe. Como se presume, ainda, a paternidade do marido da mãe se o filho nasceu pouco depois da celebração do casamento.

Neste sentido dispõem os artigos 1828.º e 1829.º.

Assim, o artigo 1828.º determina que cessa a presunção geral se o filho nasceu dentro dos cento e oitenta dias posteriores à celebração do casamento e a mãe ou o marido declararam, no acto de registo do nascimento, que o marido não é o pai. A presunção de paternidade é

aqui «supletiva», só funcionando na falta de declaração em contrário de mãe ou do marido desta.

Também cessa a presunção de paternidade, nos termos do artigo 1829.º, se o nascimento do filho ocorrer passados trezentos dias depois de finda a coabitação dos cônjuges.

Nesta situação não há sequer a presunção supletiva que acabei de descrever. As leis da biologia eliminam «radicalmente» o fundamento da presunção.

Considera-se finda a coabitação dos cônjuges na data da primeira conferência, tratando-se de divórcio ou de separação por mútuo consentimento; na data da citação do réu para a acção de divórcio ou separação litigiosos; ou na data que a sentença fixar como a da cessação da coabitação; na data em que deixou de haver notícias do marido, conforme decisão proferida em acção de nomeação de curador provisório, justificação de ausência ou declaração de morte presumida (n.º 2 do artigo 1820.º).

A lei estabelece aqui um «numerus clausus» das hipóteses em que se considera finda a coabitação. Esta restrição visa assegurar o interesse do filho ao funcionamento de presunção de paternidade do marido da mãe. Cabe, porém, perguntar se o interesse, superior, em assegurar a verdade biológica, não levaria antes a permitir livremente a prova do fim da coabitação.

O artigo 1832.º introduz uma séria limitação à regra «pater is est...», separando a maternidade da mulher casada, da paternidade do seu marido: a mulher casada pode fazer a declaração do nascimento com a indicação de que o filho não é do marido (n.º 1).

A situação pré-suposta por esta norma é a seguinte: a mulher casada, separada de facto do seu marido e vivendo com outro homem — ou vivendo com o marido, mas cometendo adultério — tem um filho dum outro homem. E vem declarar que o filho não é do marido.

1.1.1 — Dupla presunção de paternidade: resolução

Se o filho nasceu depois de a mãe ter contraído novo casamento sem que o primeiro se achasse dissolvido, ou dentro dos trezentos dias após a sua dissolução, surgiram duas presunções de paternidade, uma em relação ao antigo marido, outra com referência ao novo marido.

Mas, uma vez julgada procedente a acção de impugnação de paternidade, renasce a presunção relativa ao anterior marido da mãe (n.º 2). O que não impede o filho de impugnar a paternidade, tanto do primeiro, como do segundo marido da mãe.

1.2 — Impugnação da paternidade

1.2.1 — Impugnação da paternidade do filho concebido na cons-tância do casamento

A paternidade presumida nos termos do artigo 1826.º não pode ser impugnada fora dos casos previstos nos artigos seguintes, dispõe o artigo 1838.º.

A paternidade do filho pode ser impugnada pelo marido da mãe, por esta, ou, nos termos do artigo 1841.º, pelo Ministério Público (artigo 1839.º, 1). Na acção, o autor deve provar que, de acordo com as circunstâncias, a paternidade do marido da mãe é manifestamente improvável (n.º 2).

Sublinhe-se que o número dois do artigo 1839.º consagra o sistema da prova livre da não-paternidade do marido da mãe, que é o mais consentâneo com o objectivo de se alcançar a verdade biológica.

O número três do artigo 1839.º acrescenta que não é permitida a impugnação da paternidade, com fundamento em inseminação artificial, pelo cônjuge que nela consentiu. Existirá aqui uma espécie de adopção pelo cônjuge que não é pai biológico.

1.2.2 — Impugnação da paternidade do filho concebido antes do matrimónio

A mãe ou o seu marido podem impugnar a paternidade do filho nascido dentro dos cento e oitenta dias posteriores à celebração do casamento (artigo 1840.º, 1), mediante simples formulação do pedido e a prova das datas do casamento e do nascimento. Sem prejuízo de poderem provar que a paternidade do marido da mãe é manifestamente improvável, nos termos do número dois do artigo 1839.º.

Em certos casos, porém, a mãe ou o marido da mãe não podem impugnar a paternidade por este meio (tendo de recorrer à via do

número dois do artigo 1839.º). São eles: o marido, antes de casar, teve conhecimento da gravidez da mulher (presume-se, neste caso, que, por ter casado, admitiu ser o pai do nascituro); o marido consentiu que o filho fosse declarado seu no registo do nascimento, estando pessoalmente presente ou representado por procurador com poderes especiais; o marido, por qualquer outra forma, reconheceu o filho como seu (número um do artigo 1839.º).

2 - PERFILHAÇÃO E AVERIGUAÇÃO OFICIOSA DA PATERNIDADE

O reconhecimento da paternidade do filho nascido ou concebido fora do matrimónio efectua-se por perfilhação ou decisão judicial em acção de investigação (artigo 1847.º). Não é admitido, porém, o reconhecimento em contrário da filiação que conste do registo do nascimento enquanto este não for rectificado, declarado nulo ou anulado (artigo 1848.º, 1).

Acentue-se que esta norma da prevalência da paternidade anteriormente registada não vale contra a regra «*pater is est...*». A presunção legal de que o pai é o marido da mãe no momento da concepção ou do nascimento, sobreleva uma eventual perfilhação que conste do registo.

2.1 - Perfilhação

A perfilhação é o acto, pessoal e livre, embora possa ser feito por procurador com poderes especiais, pelo qual alguém reconhece a paternidade de outrem, nascido ou concebido fora do matrimónio (artigo 1849.º em conexão com o artigo 1847.º).

Têm capacidade para perfilhar os indivíduos com mais de dezasseis anos, se não estiverem interditos por anomalia psíquica ou não forem notoriamente dementes no momento da perfilhação (artigo 1850.º, 1). Os menores, os interditos não compreendidos no enunciado anterior, e os inabilitados não necessitam, para perfilhar, de autorização dos pais, tutores ou curadores (n.º 2).

A perfilhação é um acto puro e simples, não admitindo cláusulas modificativas ou limitativas dos efeitos legais, condição ou termo (artigo 1852.º, 1). Tais cláusulas ou declarações proibidas têm-se por não escritas.

A perfilhação pode ser feita a todo o tempo, antes ou depois do nascimento do filho, ou depois da morte deste (artigo 1854.º). Mas a perfilhação de nascituro só é válida se for posterior à concepção e o perfilhante indicar a mãe (artigo 1855.º). A perfilhação do nascituro justifica-se pela necessidade de assegurar o reconhecimento da paternidade, perante a possibilidade da morte do pai durante a gravidez.

Por seu lado, a perfilhação posterior à morte do filho só produz efeitos em favor dos seus descendentes (artigo 1856.º).

Encontra-se aqui um acto jurídico que tem como destinatário uma pessoa já falecida, portanto «sem» personalidade jurídica. Está-se perante mais uma manifestação contrária ao princípio de que a personalidade jurídica cessa com a morte (artigo 68.º 1). Como a natureza e o Direito não admitem rupturas bruscas, a personalidade jurídica prolonga-se, na «realidade» e no «direito», para além da morte. Pelo que uma pessoa já falecida pode ser perfilhada, passando a ser filha (jurídica) de outra.

O falecido não vai, em princípio, retirar benefícios desta perfilhação. Esta é só permitida para se satisfazer a necessidade, sentida pelo perfilhante, de cumprir o seu dever moral e jurídico de estabelecer a sua paternidade; e para beneficiar os descendentes do perfilhado.

Daí a norma do artigo 1856.º de que só produz efeitos em relação aos descendentes do perfilhado.

A perfilhação pode fazer-se por declaração, prestada perante o funcionário do registo civil; por testamento; por escritura pública; e por termo lavrado em juízo (artigo 1853.º).

A perfilhação é irrevogável e, quando feita em testamento, não é prejudicada pela revogação deste (artigo 1858.º). Se não corresponder à verdade, é impugnável em juízo, mesmo depois da morte do perfilhado (artigo 1859.º, 1).

Bibliografia fundamental:

Guilherme de Oliveira, *Estabelecimento da filiação – Notas aos artigos 1796.º 1873.º do Código Civil*, Coimbra, 1979, págs. 58 a 144; id., *Impugnação da paternidade*, Coimbra, 1979; id., *Crítério jurídico da paternidade*, Coimbra, 1983.

XXVIII LIÇÃO

ESTABELECIMENTO DA PATERNIDADE (continuação)

INTRODUÇÃO

A paternidade também se estabelece, como vimos, através de averiguação oficiosa e de reconhecimento judicial.

Passo a tratar destas duas vias, sublinhando, desde já, a abertura que elas concedem ao exercício do direito de cada pessoa de conhecer o seu pai (e, consequentemente, de ser assistido por ele), e à sua intenção de fazerem coincidir a paternidade jurídica com a biológica.

1 – AVERIGUAÇÃO OFICIOSA DA PATERNIDADE

Sempre que seja lavrado registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, deve o funcionário remeter ao tribunal certidão integral do registro, a fim de se averiguar oficiosamente a identidade do pai (artigo 1864.º).

Este artigo consagra mais um dos meios de promover o direito de cada pessoa a conhecer o seu pai, de modo a ter a protecção moral e patrimonial deste como via fundamental da sua sociabilização. A averiguação oficiosa traduz o interesse público na prossecução desse direito.

Se o tribunal, ouvidos a mãe e o pretenso pai, e realizadas todas as outras diligências que entender necessárias, concluir pela existência de provas seguras da paternidade, ordenará a remessa do processo ao agente do Ministério Público junto do tribunal competente a fim de ser intentada a acção de investigação (artigo 1865.º). Esta acção não poderá ser intentada, enquanto decorrente da investigação oficiosa, se a mãe e o pai forem parentes ou afins em linha recta, ou parentes no segundo grau da linha colateral; ou se tiverem decorrido dois anos sobre a data do nascimento (artigo 1866.º).

Através de proibição da investigação no primeiro caso, visou a lei evitar que um procedimento oficioso, eventualmente menos diligente e de resultados menos seguros, lançasse a perturbação na vida dos presumidos pais com a grave «acusação» de incesto.

O prazo de dois anos pretende evitar que o referido procedimento oficioso, com as características indicadas, conduza a mais dispêndios de meios, com resultados muito incertos dado o envelhecimento das provas decorrente do decurso do tempo.

Connudo, a limitação do prazo de dois anos não se aplica se, em processo crime, se considerar provada a cópula em termos de consti-

tuir fundamento para a investigação da paternidade, e se mostre que a ofendida teve um filho em condições de o período legal da concepção abranger a época do crime; neste caso, o Ministério Público deve instaurar a correspondente acção de investigação (artigo 1867.º).

2 - RECONHECIMENTO JUDICIAL

A paternidade pode ser reconhecida em acção especialmente instaurada pelo filho se a maternidade já se achar estabelecida ou for pedida, conjuntamente, o reconhecimento de uma e outra (artigo 1869.º).

Para se estabelecer a relação de paternidade é, assim, necessário existir, ou vir a estabelecer-se, a relação de maternidade; a determinação do pai depende do conhecimento de mãe, por o pai ser o que teve relações sexuais com esta.

Não existem pressupostos legais para se intentar a acção, quadros típicos para fora das quais não haja legitimidade para propor a acção de investigação da paternidade. Admite-se livremente a prova da paternidade biológica. Há, porém, um certo número de quadros típicos que levam à presunção da paternidade. Presunção ilidível, porém, (artigo 1871.º, 2). São eles: o filho foi reputado e tratado como tal pelo pretenso pai e reputado como filho também pelo público; existe carta ou outro escrito no qual o pretenso pai declara inequivocamente a sua paternidade; durante o período legal da concepção existiu ou concubinato duradouro, entre o pai e a mãe; o pretenso pai seduziu a mãe, no período legal da concepção, sendo esta virgem e menor no momento em que foi seduzida, ou se o consentimento dela foi obtido por meio de promessa de casamento, abuso de confiança ou abuso de autoridade (artigo 1871.º, 1). Provado um destes factos, a lei inverte o ónus da prova; dá como provada a filiação biológica e é ao réu que compete ilidir a presunção legal.

A prova da coabitação causal – da coabitação como causa do nascimento do investigante – tem de assentar em dois elementos: que a mãe e o pretenso pai coabitaram durante o período legal da concepção; e que essa coabitação foi causa da geração, em termos de a pater-

nidade do pretense pai ser, mais do que possível, suficientemente segura.

Para demonstrar a causalidade, bastará provar-se que o pai e a mãe coabitaram como marido e mulher, guardando a mãe fidelidade ao pretense pai, como a guarda uma mulher casada; que não há prova de a mãe ter sido infiel, assumindo seriamente os seus deveres de estado.

Também se poderá demonstrar a causalidade da coabitação através de prova hematológica que exclua a paternidade de um terceiro; porque o filho se «parece» com o pretense pai; etc.

Se houver dúvidas sérias sobre a paternidade presumida (n.º 2 do artigo 1871.º), o investigador vê recair sobre si o ónus da prova, devendo provar o facto constitutivo do seu direito sem o apoio da presunção indicada.

3 – ALIMENTOS PROVISÓRIOS

Desde o momento da propositura de acção, e desde que o tribunal considere provável o reconhecimento da paternidade (ou da maternidade – artigo 1821.º) o filho menor, interdito ou inabilitado tem direito a alimentos provisórios (artigo 1873.º).

Bibliografia fundamental:

Guilherme de Oliveira. *Estabelecimento da filiação – Notas aos artigos 1796.º a 1873.º do Código Civil*. Coimbra, 1979, págs. 150 a 159; idem, *Critério jurídico da paternidade*. Coimbra, 1983.

XXIX LIÇÃO

EFEITOS DA FILIAÇÃO

INTRODUÇÃO

A família contemporânea é, já o afirmei na parte introdutória destas Lições, um grupo fechado de pais e filhos. Os filhos saem da "rua" para regressarem a casa; de onde vão saindo os trabalhadores da empresa doméstica, os criados, os dependentes de toda a ordem. Surge o sentimento da casa (Par, "home", "chez soi", etc.) como espaço de convívio íntimo defendido dos outros.

Até ao século XVIII o estreito relacionamento das pessoas não deixava espaço para a individualidade familiar. Todos os acontecimentos familiares — o casamento, o nascimento, a morte, etc. — eram largamente partilhados.

A família, até ao século XVIII, era uma organização patrimonial, de poder, de suporte de um estatuto social e, só depois, de sentimento.

A partir do século XIX, a família é, antes de mais, um espaço de sentimento, portador de valores.

À medida que o homem deixava de estar-no-mundo, passava a estar-na-família. A família substituiu o evanescente relacionamento social fundado dos tempos antigos.

A actividade da família deixa de estar centrada na sua perpetuação enquanto organização no tempo; visando aumentar o seu património, o seu estatuto social, o seu poder, à custa do "sacrifício" dos seus membros. A família contemporânea deixa de ser um organização, para se representar como um conjunto de indivíduos. Os pais concentram-se no destino dos filhos, já não no destino do grupo — que passa, necessariamente, por cada um dos seus membros. A preocupação educativa surge no centro de cada família, que assume decisivamente no século XIX uma função moral e intelectual, formando os espíritos e os intelectos.

Mas esta nova preocupação é contemporânea do início do regresso das crianças à "rua". Com a intensificação da divisão social do

trabalho, a transmissão da ciência e das técnicas passa a ser assumida por organizações especializadas, exteriores à família: o mestre particular, o pequeno colégio, a escola pública, a Universidade, etc.. E acaba por fugir ao controlo da família que tende a tornar-se simples família-dormitório. Enquanto que a "rua" dos tempos antigos era um espaço dominado pelas famílias – centros de poder, a rua actual é vazia, estando as famílias fechadas em casa. A sociabilização das crianças é feita na "rua" por organizações não-familiares ou por indivíduos.

A esta evolução tem correspondido idêntica alteração das relações entre pais e filhos.

1 – PRINCÍPIOS GERAIS

1.1 – O nome

Na esteira da desregulamentação do nome dos cônjuges, o artigo 1875.º, 1, desregulamenta idênticamente o nome dos filhos: o filho usará apelidos do pai e da mãe, ou só de um deles. O nome do filho pode, assim, ser insignificativo da sua filiação. Dado o relativamente reduzido número de apelidos existente em Portugal, o carácter identificativo do nome de cada pessoa depende, em grande parte, de uma certa ordem dos apelidos. Estabelecida a desordem, o nome pode deixar de estabelecer a filiação do seu portador.

A escolha do nome próprio e dos apelidos do filho menor pertence aos pais, na falta de acordo, decidirá o juiz, de acordo com o interesse do filho (artigo 1875.º, 2). É duvidoso o acerto de intrigas, em último recurso, a escolha do nome ao juiz – cuja decisão, possivelmente, descontentará toda a gente e só por acaso será no interesse do menor; na medida em que este interesse só é definível familiarmente. Conviria deixar, ainda, essa escolha à família, embora alargada para além do pai e da mãe.

1.2 – Deveres de pais e filhos

Os pais e os filhos devem-se mutuamente respeito, auxílio e assistência (artigo 1874.º, 1).

A existência de deveres mútuos traduz a realidade de a relação de filiação não ser só tarefa dos pais, mas também dos filhos, de não ser só estabelecida no interesse destes últimos, mas também dos pais. A filiação traduz-se numa progressiva humanização de pais e filhos através de estritas relações de interdependência e comunicação.

O dever de respeito tem um conteúdo semelhante ao de idêntico dever conjugal. Cada uma das partes deve aceitar a pessoa da outra, e mudando conjuntamente. Ao contrário do dever conjugal, o dever de respeito dos pais em relação aos filhos tem necessariamente um ingrediente de autoridade – e correlativa sanção – embora estritamente na medida do interesse do filho, personalidade a formar (mais do que o dos pais...).

O dever de auxílio é coincidente do dever conjugal de cooperação: entreadjuada em todas os aspectos da existência (nos estudos dos filhos... mas também nas tarefas domésticas da mãe; nos divertimentos dos filhos... mas também nos desportos do pai; etc.).

O dever de assistência tem um conteúdo económico: obrigação de prestar alimentos e de contribuir, durante a vida em comum, de acordo com os recursos próprios, para os encargos de vida familiar (artigo 1874.º, 2). Dever que, tal como os anteriores, impende sobre pais e filhos. Devendo os filhos nomeadamente, exercer uma actividade produtiva, se tiverem idade e possibilidade e a economia familiar o exigir.

Mas, aqui como na relação conjugal, a palavra-chave do Estado, é o amor: a disponibilidade constante de cada um para o outro, confirma o seu estado.

1.3 – Poder paternal

A expressão poder “paternal” parece ultrapassada, herança do tempo, ainda próximo, em que tal poder era pertença exclusiva (ou quase) do pai. Parece, hoje, preferível, a expressão poder “parental”, para reflectir o seu exercício pelo pai e pela mãe.

Os filhos estão sujeitos, até à maioridade ou emancipação, ao poder paternal (artigo 1877.º).

O conteúdo do poder paternal vem desenvolvido nos artigos 1878.º e seguintes.

Note-se que estas disposições legais não esgotam o sentido normativo do artigo 1874.º. Ou seja: o dever *mutuo* de respeito, auxílio e assistência, não acaba por se transformar num dever *unilateral* dos pais em relação aos filhos (unilateralidade só mitigada pelo dever de obediência dos filhos – artigo 1878.º, 2). Não; o artigo 1878.º ao refe-

rir-se ao conteúdo do poder paternal, visa só os deveres dos pais, e não os dos filhos (com excepção, repito, do dever de obediência). Os deveres dos filhos estão previstos exclusivamente na regra geral do artigo 1874.º. Devendo ser desenvolvido, como processo, com referência a esta norma.

A atribuição aos pais, pelo artigo 1878.º, 1, da competência para dirigir a educação dos filhos, deve entender-se em termos de “reserva absoluta”: os pais, ou quem estes delegarem, têm o exclusivo da direcção da educação dos filhos. No mesmo sentido se deve entender o artigo 1886.º que atribui aos pais a decisão sobre a educação religiosa dos filhos menores de dezasseis anos.

O conteúdo do poder paternal relativamente à pessoa dos filhos, vem desenvolvido nos artigos 1885.º e seguintes. Enquanto os artigos 1888.º e seguintes se referem ao poder paternal relativamente aos bens dos filhos.

Na constância do matrimónio, o exercício do poder paternal pertence a ambos os pais (artigo 1901.º, 1). Os pais exercem o poder paternal de comum acordo e, se este faltar em questões de particular importância, qualquer deles pode recorrer ao tribunal, que tentará a conciliação; se esta não for possível, o tribunal ouvirá, antes de decidir, o filho maior de catorze anos, salvo quando circunstâncias ponderosas o desaconselhem (n.º 2).

Os artigos 1903.º e seguintes dispõem saber as diversas hipóteses de crise na sociedade conjugal, ou da interrupção ou dissolução.

pode o tribunal, a requerimento do Ministério Público ou de qualquer parente decretar as providências que julgar adequadas (artigo 1920.º).

2.1 — Meios de suprir o poder paternal

Os meios de suprir o poder paternal são a tutela, a administração dos bens do menor, e a nomeação de pessoa que celebre negócios jurídicos em nome do menor (artigos 1921.º e seguintes do Código Civil).

Bibliografia fundamental:

Philippe Aries. *A criança e a vida familiar no Antigo Regime*, trad. port., Lisboa, s.d.; J. L. Flandrin, «Enfance et société», *Annales E.S.C.*, 19, 1964; D. Hunt, *Parents and Children in History*, 1970.

2 — INIBIÇÃO E LIMITAÇÃO AO EXERCÍCIO DO PODER

Há casos de inibição de pleno direito do exercício do poder paternal (artigo 1913.º); de inibição no caso de infração dos deveres dos pais (artigo 1915.º); e de limitações ao seu exercício (artigo 1918.º e seguintes).

Assim, consideram-se de pleno direito inibidos do exercício do poder paternal, os condenados definitivamente por crime a que a lei atribua esse efeito; os interditos e os inabilitados por anomalias psíquicas, e os ausentes, desde a nomeação do curador provisório. Consideram-se de pleno direito inibidos de representar o filho e administrar os seus bens, os menores não emancipados e os interditos e inabilitados não referidos anteriormente. Trata-se, portanto, de inibição parcial.

Os pais que infringam culposamente os deveres para com os filhos, com grave prejuízo deles, ou quando, por in experiência, enfermidade, ausência de outras razões, não se mostrem em condições de cumprir aqueles deveres, podem ser inibidos do exercício do poder paternal, por decisão do tribunal, a requerimento do Ministério Público, de qualquer parente do menor ou de pessoa a cuja guarda ele esteja confiado, de facto ou de direito.

Finalmente, quando a segurança, a saúde, a formação moral ou a educação de um menor se encontrar em perigo e não seja o caso de inibição do poder paternal, o tribunal pode, a requerimento do Ministério Público ou de qualquer das pessoas indicadas há pouco, decretar as providências adequadas, designadamente confiar o menor a terceira pessoa ou a estabelecimento de educação ou assistência. Os pais conservam o exercício do poder paternal em tudo o que não se mostre inconciliável com as providências tomadas pelo tribunal (artigo 1919.º).

Quando a má administração dos pais ponha em perigo o património do filho e não seja caso de inibição do exercício do poder paternal,

II PARTE

AS RELAÇÕES PATRIMONIAIS NA FAMÍLIA

1

Os regimes de bens no casamento

XXX LIÇÃO

EFEITOS PATRIMONIAIS DO CASAMENTO.
O REGIME DE BENS.
PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

INTRODUÇÃO

A comunhão de vida, que é o casamento enquanto estado, deve existir no duplo plano pessoal e patrimonial. A disponibilidade de cada um dos cônjuges perante o outro, que é o reflexo do amor e que consubstancia a comunhão de vida, deve ser uma disponibilidade da pessoa e dos bens de cada um dos cônjuges. Mal se compreendia que houvesse uma comunhão de vida quando cada um dos cônjuges não gozasse como se fossem seus, os bens do outro. Contudo, o aspecto patrimonial nada mais é do que o reflexo do aspecto pessoal. Pode não haver bens, mas havendo pessoas, a comunhão de vida é possível, totalmente. Suponha-se que um jovem casal vive em casa dos pais de um dos cônjuges, sendo alimentado por eles. Neste caso, não havendo interesses patrimoniais dos cônjuges, há, seguramente, ou deve haver, uma completa comunhão pessoal.

É perfeitamente possível imaginar uma completa comunhão de vida entre duas pessoas, tanto no aspecto pessoal como no aspecto patrimonial, mas que não implique entre elas relações *jurídicas* patrimoniais diferentes daquelas que se estabelecem entre duas pessoas estranhas. Os bens continuarão a pertencer a cada um dos cônjuges; adquiridos serão do seu adquirente, ou então adquiridos em propriedade; cada um dos cônjuges administrará livremente os seus bens; etc. Parece ser aliás, esta, a situação «natural», na medida em que, sendo a comunhão pessoal a base, a comunhão patrimonial derivará automática e flexivelmente dela. Um perfeito entendimento dos cônjuges transformará qualquer regime de separação de bens em comunhão; enquanto que os desentendimentos dos cônjuges converterão um regime de comunhão numa fonte de conflitos.

Nos países anglo-saxónicos os cônjuges são, nas relações patrimoniais, em princípio, duas pessoas perfeitamente estranhas, cujas

relações patrimoniais se regulam pelo regime normal dos direitos reais, do direito das obrigações, do direito das sucessões, etc.

Não esqueço que a comunhão de vida introduz necessariamente nas relações patrimoniais ingredientes que não existiriam entre duas pessoas absolutamente estranhas. É natural que um dos cônjuges, o mais habilitado, se ocupe da administração dos bens do outro; como ambos gozarão, indiscriminadamente, do conjunto dos bens. Contudo, não se me afigura que estas circunstâncias exijam a criação de um especial estatuto patrimonial das relações entre os cônjuges. Deverão ser consideradas como resultantes necessárias da comunhão de vida, sem relevância jurídica autónoma. Quando muito, e para casos de particularmente intensa colaboração económica entre os cônjuges, com resultados muito significativos para um deles, haverá que estatuir expressamente o recurso a algum dos institutos consagrados do direito das obrigações ou dos direitos reais, como o enriquecimento sem causa, as benfeitorias, etc.

Reafirmo, a terminar, e a nível de direito a constituir, que, com o regime de separação, a «inexistência» de relações jurídicas especiais entre os cônjuges, é particularmente adequado a reflectir a instabilidade do casamento contemporâneo, e a maior independência profissional e patrimonial entre os cônjuges. Regime de separação que será transformado efectivamente num regime de comunhão pelo bom entendimento entre os cônjuges. Qualquer regime de comunhão, não só não contribuirá para o bom entendimento entre os cônjuges, como trará as mais graves consequências no caso de desentendimento, agudizando a situação.

Contudo, o legislador português não foi da mesma opinião. Entendeu que a comunhão de vida entre os cônjuges implica uma comunhão de interesses patrimoniais exigindo um particular estatuto patrimonial. Assim, cada casamento está sujeito, nas suas relações patrimoniais, a regras diferentes daquelas que vigoram entre pessoas independentes. Mesmo o regime da separação não equivale à ausência de um regime de bens, na medida em que o legislador lhe introduziu ingredientes especiais, indicando uma comunhão.

Passo a descrever o regime de direito constituído sobre as relações patrimoniais entre os cônjuges.

1 - O REGIME DE BENS E AS CONVENÇÕES ANTE-NUPCIAIS. CARACTERÍSTICAS DAS CONVENÇÕES ANTE-NUPCIAIS

Cada casamento como estado está submetido a um regime de bens, ou seja, a um estatuto que regula as relações patrimoniais entre os cônjuges e entre estes e terceiros.

Este estatuto pode ser livremente fixado pelos cônjuges. No caso de eles não o determinarem, a lei prevê um estatuto supletivo.

Em certos casos, porém, é retirada a liberdade de os nubentes fixarem o seu regime de bens, sendo-lhes imposto um certo regime.

O princípio geral é o da liberdade do regime de bens: os esposos podem fixar livremente, em convenção ante-nupcial, o regime de bens do casamento, quer escolhendo um dos regimes previstos no Código Civil, quer estipulando o que a esse respeito lhes aprouver dentro dos limites da lei (artigo 1698.º do Código Civil).

Os nubentes portugueses gozam, assim, da liberdade de fixar o seu regime de bens, escolhendo um dos previstos na lei, combinando diversos destes, ou, de um modo geral, fixando livremente as cláusulas que lhes aprouver quanto ao regime de bens, respeitando, embora, alguns princípios impostos na lei.

Não permite o Código que o regime de bens seja fixado por remissão genérica para lei estrangeira ou revogada, ou para usos e costumes locais (artigo 1718.º do Código Civil).

Os regimes típicos do Código Civil são o da comunhão de adquiridos (artigos 1721.º a 1731.º), o regime da comunhão geral (artigos 1732.º a 1734.º), e o da separação (artigos 1735.º a 1736.º). O regime supletivo, ou seja, o regime que vale na falta de convenção ante-nupcial ou no caso de caducidade, invalidade ou ineficácia desta, é o regime da comunhão de adquiridos (artigo 1717.º do Código Civil).

Os casos de regime imperativo estão previstos nas alíneas a) e b) do número 1 do artigo 1720.º do Código Civil. Trata-se de casamentos

celebrados sem precedência do processo de publicações, e por quem tenha completado sessenta anos de idade. Nestes casos, a lei impõe aos nubentes o regime de separação de bens.

Além destes, o número 2 do artigo 1699.º proíbe a estipulação do regime da comunhão geral nos casamentos celebrados por quem tenha filhos, ainda que estes sejam maiores ou emancipados. Também não é permitido aos nubentes estipular, neste caso, a comunicabilidade dos bens referidos no número 1 do artigo 1722.º. Visa-se proteger os filhos do cônjuge, através da incommunicabilidade dos bens que o cônjuge levou para o casal ou adquiriu a título gratuito e dos sub-rogados no seu lugar.

A norma da alínea a) do número 1 do artigo 1720.º aplica-se a todos os casamentos celebrados sem precedência do processo preliminar de publicações; quer os que tenham sido celebrados legalmente sem precedência desse processo preliminar, católicos ou civis, quer os que deviam ter sido precedidos do processo de publicações mas foram celebrados efectivamente sem precedência desse processo.

Nos casos de regime legal imperativo, a lei determinou-se pelo receio de que algum dos nubentes tenha sido levado a contrair matrimónio por interesse económico. Ou que o cônjuge de mais idade, de mais de sessenta anos, não tenha a capacidade psíquica ou sentimental para apreciar com frieza os seus interesses económicos. E de um modo geral, que aqueles que se casaram sem precedência de processo preliminar de publicações, o tenham feito com demasiada ligeireza, ou, com demasiada pressa, sem uma correcta apreciação dos seus interesses patrimoniais.

Finalmente, refira-se que a lei proíbe, as doações entre casados (artigo 1762.º), quando vigorar imperativamente o regime da separação de bens que seriam um modo de os cônjuges iludirem o regime de separação de bens. O artigo 1720, 2, permite, porém, que, em vista do seu futuro casamento, os nubentes façam doações entre si.

1.1 – Convenção ante-nupcial

A convenção ante-nupcial é o acordo entre os nubentes destinado a fixar o seu regime de bens. A convenção não se integra no contrato de casamento, mas é acessório deste, pressupondo a sua existência e

validade. Em termos de, se o casamento for inválido, a convenção ante-nupcial ser arrastada por esta invalidade.

Os princípios gerais em matéria de convenções ante-nupciais são os da liberdade e da imutabilidade.

Passo ao princípio da liberdade.

Já referi que, nos termos do artigo 1698.º do Código Civil, os esposos podem fixar na convenção ante-nupcial, dentro dos limites da lei, o regime de bens do casamento, escolhendo um dos regimes previstos no Código; combinando alguns destes, ou estipulando o que entenderem.

O artigo 1699.º do Código Civil estabelece um certo número de restrições ao princípio da liberdade contratual; matérias em relação às quais os cônjuges não podem dispor, por estarem imperativamente fixadas na lei. Não podem ser objecto de convenção ante-nupcial, a regulamentação hereditária dos cônjuges ou de terceiro (com ressalva dos casos previstos nos artigos 1700.º a 1707.º, em que a lei permite disposições por morte, quer entre os esposados ou de terceiros ou desposados, quer dos esposados a terceiros); também não pode ser regulada a alteração dos direitos ou deveres parentais ou conjugais, a alteração das regras sobre administração dos bens do casal e a estipulação da comunicabilidade dos bens enumerados do artigo 1733.º.

Para além destas restrições, parece evidente que os nubentes não podem dispor na convenção ante-nupcial contra qualquer outra disposição legal e imperativa. Neste caso, a cláusula da convenção será nula, conforme o disposto no artigo 294.º do Código Civil.

Assim, o artigo 180.º do Decreto-Lei número 496/77 proibiu a estipulação do regime total para os casamentos celebrados depois de 1 de Abril de 1978.

1.2 – Imutabilidade das convenções ante-nupciais

O número 1 do artigo 1714.º dispõe que, fora dos casos previstos na lei, não é permitido alterar, depois da celebração do casamento, nem as convenções ante-nupciais, nem os regimes de bens legalmente fixados.

Para correcta compreensão do princípio da imutabilidade, há que fazer, desde já, algumas precisões.

Está sujeito ao princípio da imutabilidade, não só o regime de bens convencionalizado pelos esposos, mas também o regime supletivo. Ou seja: desde o momento da celebração do casamento o regime de bens é inalterável.

Acabei de referir que, desde o momento da celebração do casamento, o regime de bens é inalterável. Até esse momento, os esposos podem livremente celebrar uma convenção ante-nupcial revogá-la ou alterar os seus termos.

Depois, há que precisar que a imutabilidade das convenções ante-nupciais não significa a manutenção rígida dos bens num certo estatuto de propriedade. É possível uma certa dinâmica das relações entre os cônjuges, nos quadros da convenção. Assim, cada um dos cônjuges pode fazer ao outro doações (artigos 1761.º e seguintes), ou dar em cumprimento (artigo 1714.º, 3); qualquer deles pode conferir ao outro mandato revogável para administrar os seus bens próprios (artigo 1678.º, número 2, alínea g); ou os cônjuges podem entrar com bens próprios para sociedades comerciais das quais façam parte, desde que só um deles assumia responsabilidade ilimitada (artigo 8º do Código das Sociedades Comerciais). Mas não poderão, por ex., assumir voluntariamente obrigações um perante o outro.

Verdadeira alteração à convenção ante-nupcial permitida por lei só parece haver uma: revogação da doação para casamento, por esta importar alteração directa à convenção ante-nupcial em que aquela doação se integra.

Todos os outros casos previstos na lei em que há uma nova convenção ou transformação da convenção ante-nupcial, pressupõe uma alteração ou transformação do vínculo conjugal, vindo na sua esteira; ou uma alteração muito grave da situação patrimonial de um dos cônjuges (falência, insolvência civil, execução movida contra um dos cônjuges por dívida que não dê lugar à moratória do número 1 do artigo 1696.º do Código Civil).

O argumento principal a favor da imutabilidade das convenções ante-nupciais é o seguinte: pretende-se evitar que um dos cônjuges, que tenha adquirido ascendente sobre o outro em virtude do casamento, imponha a este uma alteração do regime de bens que lhe seja prejudicial; alteração que se traduziria numa verdadeira liberalidade do segundo cônjuge a favor do primeiro e à qual se não aplicaria o princípio geral da livre revogabilidade das doações entre cônjuges

(artigo 1765.º, número 1), nem as regras gerais das doações, como, por exemplo, os artigos 970.º e 2169.º (Pereira Coelho).

A acrescentar a este argumento, dir-se-á também que o princípio da imutabilidade visa assegurar a protecção de terceiros. Se os cônjuges pudessem, depois do casamento, alterar o seu regime de bens com efeitos em relação a terceiros, e eventualmente, com eficácia retroactiva, os terceiros poderiam sofrer graves prejuízos; nomeadamente assistindo a uma alteração das massas patrimoniais que respondiam pelas dívidas que um dos cônjuges, ou ambos, tivessem contraído.

Parece, porém, que, levadas em conta todas as observações anteriores, o princípio da imutabilidade é demasiadamente rígido, nos termos consagrados em Direito português.

O princípio da imutabilidade das convenções ante-nupciais, nos termos em que está consagrado no Código Civil português, assenta em razões hoje ultrapassadas.

Parte importante dos casamentos era, há decénios, assente em patrimónios adquiridos por sucessão e estáveis. Enquanto que, hoje, os cônjuges contam largamente com os rendimentos adquiridos pelo trabalho e com os bens obtidos através desses rendimentos. Nestes casamentos há uma dinâmica patrimonial, que deve ser acompanhada por uma evolução da convenção ante-nupcial. Por outro lado, se um dos cônjuges adquiriu ascendente sobre o outro, poderá obter dele vantagens patrimoniais, através de múltiplos negócios jurídicos, que não há maneira de evitar; nomeadamente, poderá fazer doações manuais ao outro cônjuge (não controláveis externamente) em dinheiro proveniente da alienação de bens próprios.

A protecção de terceiros obter-se-á facilmente se a lei estipular que as alterações à convenção ante-nupcial não podem vir prejudicar esses terceiros.

Tendendo-se, assim, como aliás propõe a generalidade dos autores, tanto em Portugal como nos outros países, para uma imutabilidade flexível e controlada. Os cônjuges deverão poder alterar as convenções ante-nupciais, desde que fundamentem essa alteração e ela seja aprovada pelo tribunal.

tantes legais (artigo 1708.º número 2). Na falta de autorização, a convenção ante-nupcial é anulável, a requerimento do incapaz, dos seus herdeiros ou daqueles a quem competia conceder a autorização, no prazo de um ano a contar da celebração do casamento. A anulabilidade considera-se sanada se o casamento vier a ser celebrado depois de cessar a incapacidade (artigo 1709.º).

2 – REQUISITOS DA CONVENÇÃO ANTE-NUPCIAL

2.1 – Requisitos de fundo da convenção ante-nupcial

Sendo um contrato, a convenção ante-nupcial está sujeita às regras gerais dos contratos, nomeadamente as que se referem à vontade, à declaração, aos vícios da vontade, etc.

As convenções ante-nupciais podem ser celebradas através de procurador, embora a procuração deva conter a indicação do regime de bens convencional, por se tratar de matéria demasiadamente importante, e demasiadamente «definitiva», para ser deixada totalmente ao critério do procurador.

O número 1 do artigo 1713.º vem permitir que as convenções sejam celebradas sob condição ou a termo. Assim, pode determinar-se que um regime de separação seja transformado em regime de comunhão geral se nascerem filhos do casamento.

O preenchimento da condição não tem efeito retroactivo em relação a terceiros (número 2 do artigo 1713.º).

Para garantir o princípio da inmutabilidade, as condições e os termos devem estar totalmente independentes, enquanto tais, da simples vontade dos contraentes. Assim, não se poderá fixar que o regime de bens será alterado se os cônjuges o quiserem; ou que o regime de separação se transformará em regime de comunhão se os cônjuges passarem a coabitar, por um deles no momento do casamento se encontrar destacado em serviço para país estrangeiro.

Como contrato, a convenção nupcial exige a capacidade dos contraentes. Esta capacidade, dado que a convenção é acessória de um casamento, é a mesma que se exige para o casamento (número 1 do artigo 1708.º).

Os menores, os interditos e os incapacitados, só podem celebrar convenções ante-nupciais com autorização dos respectivos represen-

2.2 – Formalidades da convenção ante-nupcial

As convenções ante-nupciais terão de ser celebradas por escritura pública (artigo 1710.º), ou por auto lavrado perante o Conservador do Registo Civil.

Além disso, as convenções ante-nupciais devem ser registadas para produzirem efeitos em relação a terceiros (artigo 1711.º, 1, do Código Civil, e 191.º, do Código de Registo Civil).

Uma convenção ante-nupcial não registada é válida e eficaz entre as partes, não produzindo efeitos em relação a terceiros. Não são considerados terceiros (artigo 1711.º, 2), os herdeiros do cônjuge e os demais outorgantes da escritura.

As convenções ante-nupciais são registadas mediante a sua menção no texto de assento do casamento, sempre que a certidão da respectiva escritura seja apresentada até à data da celebração do casamento (artigo 190.º, 1, do Código de Registo Civil). Se a certidão foi apresentada mais tarde, a convenção é registada por averbamento ao assento do casamento (artigo citado, número 2).

As normas que vimos a descrever, aplicam-se também às alterações do regime de bens convencional ou legalmente fixado, no caso em que são legalmente possíveis. Nestas hipóteses, o registo é lavrado por averbamento ao assento de casamento (artigo citado).

2.3 – Invalidade das convenções ante-nupciais

Como qualquer contrato, as convenções ante-nupciais podem ser inválidas, de acordo com as regras gerais. Já referi o regime especial para a anulabilidade do regime decorrente da falta da autorização exigida (artigo 1709.º).

Aplicam-se, nesta matéria as regras relativas à redução do negócio jurídico (artigo 292.º do Código Civil).

2.4 – Caducidade das convenções ante-nupciais

A convenção ante-nupcial caduca se o casamento não foi celebrado dentro de um ano, a contar da sua celebração, ou se, tendo sido celebrado, for declarado nulo ou anulado (artigo 1716.º).

Se o casamento for declarado nulo ou anulado, aplicam-se as regras do casamento putativo. Assim, se ambos os cônjuges estavam de boa fé, a convenção produzirá os seus efeitos em relação a eles e a terceiros (artigo 1647.º, 1); se só um dos cônjuges contraiu casamento de boa fé, e a convenção ante-nupcial o beneficiou, só o cônjuge de boa fé poderá obrigar-se à tutela dos benefícios do estado matrimonial (artigo 1647.º, 2).

Bibliografia fundamental:

Pereira Coelho. *ob. cit.*, págs. 458-474; Antunes Varcla, *ob. cit.*, págs. 413-430; Gérard Cornu. *Les régimes matrimoniaux*, Paris, 1995, págs. 198 e segs.

XXXI LIÇÃO

RÉGIMES DE BENS TÍPICOS

INTRODUÇÃO

Pese embora a faculdade que assiste aos nubentes de fixarem, conforme entenderem, em princípio, o regime de bens do seu casamento, o Código Civil prevê três regimes de bens típicos. Destinados a facilitar a escolha dos nubentes que poderão aderir a um deles; constituindo o regime de comunhão de adquiridos, o regime de bens supletivo aplicado quando os cônjuges não celebrarem convenção ante-nupcial.

Os traços essenciais de cada regime de bens típico, são quatro: propriedade dos bens; sua administração; responsabilidade por dívidas; poderes de disposição dos bens.

Dado que a matéria da administração dos bens e da responsabilidade por dívidas será objecto de tratamento mais aprofundado em lições futuras, desenvolverei nesta lição só a propriedade dos bens e os poderes de disposição sobre eles.

1 - REGIMES DE COMUNHÃO. A COMUNHÃO CONJUGAL COMO COMPROPRIEDADE

Os regimes de comunhão compreendem a comunhão geral de bens e a comunhão de adquiridos. Em ambos existe uma massa de bens comuns, propriedade de ambos os cônjuges, ao lado de bens próprios de cada um deles que, na comunhão geral, se reduzem muito pouco.

Neste nível introdutório há que precisar a natureza jurídica da comunhão conjugal.

Os bens comuns constituem um património em propriedade e um património autónomo. A doutrina defende, frequentemente, a este propósito, que os bens comuns integram um património colectivo.

O património colectivo é aquele que pertence em comum a várias pessoas, sem se repartir entre elas por quotas ideais, como sucede na propriedade. O proprietário desse património é um só, constituído por um conjunto de pessoas. No caso, seria composto por dois cônjuges. Estes dois cônjuges teriam um único direito que não comportaria divisão, mesmo ideal.

No caso de um dos titulares do património colectivo falecer, não há alteração subjectiva na titularidade do património, enquanto existir um dos titulares.

No caso da comunhão conjugal, antes de estar dissolvido o casamento ou decretada a separação judicial de pessoas e bens, os cônjuges não podem dispor, individualmente, dos bens, nem da sua meação nos bens comuns, nem sequer lhes é permitido pedir a partilha dos bens, que não podem ser, em regra, executados, antes da dissolução do casamento (artigo 1696.º, 1).

Contudo e ao contrário do que sucede nos patrimónios colectivos, de tipo germânico, ou anglo-saxónico, no caso de um dos cônjuges falecer dissolve-se a comunhão sendo os bens repartidos. E, durante

a vida dos cônjuges, a dissolução do vínculo conjugal ou a simples separação de bens envolvem a repartição dos bens.

Considero, assim, que se trata de um simples regime de propriedade, só divisível nos casos previstos na lei. Não podendo, além disso, os cônjuges dispor das suas quotas ou onerá-las, salvo os casos previstos na lei.

Autonomia, porém, limitada.

A autonomia total existe quando uma certa massa de bens só responde, e responde só ela, por determinadas dívidas.

Ora, os bens comuns, não respondem só pelas suas dívidas "próprias", mas também pelas dívidas comuns. Também respondem, embora só em casos excepcionais por dívidas próprias de cada um dos cônjuges. E, pelas dívidas comuns, respondem também, embora só subsidiariamente, os bens próprios de qualquer dos cônjuges.

Refira-se, a terminar, que, nos termos do número um do artigo 1730 do Código Civil, os cônjuges participam por metade no activo e no passivo da comunhão, sendo nula qualquer estipulação em sentido diverso. Porém, o número dois do mesmo artigo admite que cada um dos cônjuges faça em favor de terceiro doações ou deixas testamentárias por conta da sua meação de bens comuns.

1.1 – Regime da comunhão de adquiridos

O regime da comunhão de adquiridos vigorará quando os nubentes o estipularem na sua convenção ante-nupcial ou, como regime supletivo, na falta de convenção ante-nupcial ou no caso de caducidade, invalidade ou ineficácia da convenção (artigo 1717.º), quanto aos casamentos celebrados depois da entrada em vigor do Código Civil de 1967 (31 de Maio desse ano).

1.1.1 – Composição das massas patrimoniais

No regime de comunhão de adquiridos, a regra geral é a de que são comuns todos os bens adquiridos a título oneroso na constância do casamento, e são próprios de cada um dos cônjuges os bens levados por ele para o casamento ou adquiridos a título gratuito depois do casamento.

1.1.1.1 – Bens próprios

São próprios os bens que os cônjuges levam para o casamento (artigo 1722.º, 1, alínea a), do Código Civil); bens adquiridos com base em título anterior à data do casamento.

Também são próprios os bens que advierem aos cônjuges por sucessão ou doação, ou seja, a título gratuito (artigo 1722.º, 1, alínea b) do Código Civil). Estão aqui compreendidos os bens adquiridos através de liberalidades de uso.

Os bens serão comuns se o doador ou testador assim o tiver determinado. Entende-se que o determinou se a liberalidade for feita a favor de ambas os cônjuges (artigo 1729.º, 1).

Contudo, e por força do princípio da intangibilidade da legítima (artigo 2163.º), se a doação ou deixa testamentária for por conta da legítima, os bens são sempre próprios (artigo 1729.º, 2).

Os bens adquiridos na constância do matrimónio por direito próprio anterior, também são próprios (artigo 1722.º, 1, c). O número 2 do artigo 1722.º dá quatro exemplos destes bens: os bens adquiridos em consequência de direitos anteriores ao casamento sobre patrimónios ilíquidos partilhados depois dele; os bens adquiridos por usucapião fundada em posse que tenha o seu início antes do casamento; os bens comprados antes do casamento com reserva de propriedade; e os bens adquiridos no exercício de direito de preferência fundado em situação já existente à data do casamento. Deve acrescentar-se aqui, por evidente analogia, e entre outros, o caso de os bens serem adquiridos depois do casamento no cumprimento do contrato promessa celebrado antes deste. E também serão próprios os bens entregues a um dos cônjuges em cumprimento de obrigação assumida por outrem antes do matrimónio, e os direitos adquiridos depois do casamento, mas resultantes de contratos aleatórios celebrados antes dele (por força da alínea c) do número 1 do artigo 1722.º).

Tais bens serão próprios "sem prejuízo da compensação eventualmente devida ao património comum" (número 2 do artigo 1722.º). Com efeito, podem ter sido utilizados bens comuns para pagar os bens adquiridos em virtude do direito próprio anterior. Haverá portanto que restituir ao património comum (e, naturalmente, também ao património próprio do outro cônjuge, se tiverem sido extraídos deste bens) aquilo que serviu para essa aquisição.

São também considerados próprios os bens sub-rogados no lugar de bens próprios e: os bens que venham ocupar o lugar de bens próprios, que venham substituí-los no patrimônio. Assim, se um prédio próprio foi trocado por outro, o novo bem, vindo substituir o bem alienado, é bem próprio, entra no patrimônio do titular do bem alienado.

Levanta-se porém, aqui, o problema de saber qual o regime jurídico aplicável, se essa troca tiver sido indirecta. Suponha-se que um dos cônjuges vendeu um prédio próprio, e com o produto da venda comprou outro. Este bem adquirido será próprio ou comum? O artigo 1723.º, vem resolver o problema. O bem adquirido é bem próprio, desde que a proveniência do dinheiro ou valores seja devidamente mencionada no documento de aquisição ou em documento equivalente, com assinatura de ambos os cônjuges. Caso contrário, estes bens serão comuns.

Esta solução visa proteger a segurança do comércio jurídico, nomeadamente o interesse de terceiros à estabilidade das diversas massas patrimoniais. Mas também o interesse dos cônjuges a uma precisa definição das respectivas massas patrimoniais. Admitir a prova, por qualquer forma, da origem do dinheiro ou valores com que se adquiriu um certo bem, provocaria questões eventualmente infundáveis entre os cônjuges, sujeitas a todas as incertezas em virtude da dificuldade da prova. Não é assim de admitir qualquer prova da proveniência do dinheiro ou valores que não seja a expressamente prevista na alínea c) do artigo 1723.º.

Também são bens próprios os bens adquiridos, em parte com dinheiro ou bens próprios de um dos cônjuges, e noutra parte com dinheiro ou bens comuns, se aquela for a prestação mais valiosa (artigo 1726.º, 1, do Código Civil). Também aqui deve haver uma compensação entre o património comum e os patrimónios próprios (número 2). Os bens indivisíveis adquiridos, em parte, por um dos cônjuges que deles já tinha a outra parte, também são bens próprios, por força do artigo 1727.º que também aqui impõe uma compensação ao património comum pelas somas prestadas para a respectiva aquisição.

São bens próprios os bens adquiridos por virtude da titularidade de bens próprios e que não possam considerar-se como frutos destes (artigo 1728.º).

Finalmente, há bens próprios por natureza, por disposição da lei e por vontade dos nubentes; os incommunicáveis por natureza serão, por

ex.: as condecorações, prémios de concursos desportivos, etc. Incommunicáveis por disposição da lei serão, por ex., os previstos nas alíneas do número 1 do artigo 1733.º.

1.1.1.2 – Bens comuns

São bens comuns: os bens adquiridos a título oneroso na constância do matrimónio, salvo os casos expressos na lei (artigo 1724.º, alínea b)); os bens adquiridos em parte com dinheiro ou bens próprios de um dos cônjuges e, noutra parte, com dinheiro ou bens comuns, se esta for a prestação mais valiosa (artigo 1726.º, 1); os frutos e rendimentos dos bens próprios e as benfeitorias úteis feitas nestes bens (artigo 1728.º, 1, e 1733.º, 2, aplicável ao regime da comunhão de adquiridos por analogia); o produto do trabalho dos cônjuges (artigo 1724.º, alínea a); presume-se que os bens móveis também são bens comuns (artigo 1725.º). Com esta presunção visa assegurar-se a certeza do direito, nomeadamente protegendo-se os interesses de terceiros. Admite-se aqui qualquer espécie de prova, e não só a prova documental.

1.1.1.3 – Bens adquiridos no exercício de mandato

No caso de o adquirente dos bens ser um simples mandatário, não se põe, naturalmente o problema de saber se os bens são próprios ou comuns. Com efeito, o mandatário, quer tenha agido em nome próprio e por conta de outrem, quer em nome e por conta de outrem, adquiriu os bens para terceiro. Isto é evidente no caso de mandato com representação.

Mas também é assim seguramente, no caso de mandato sem representação. Os bens, nesta hipótese, só “aparentemente” entram no património do mandatário. Ou, se quisermos, entraram nele para sair necessariamente. O mandatário no cumprimento do mandato, transferi-los-á para o património do mandante. Esta transferência, seja qual for a forma jurídica porque se opere, é sempre possível, seja qual for o regime de bens, por se tratar de um simples cumprimento do mandato; não sendo os bens, nesta medida, nem próprios nem comuns, só adquiridos não tendo chegado a entrar no património de nenhum dos cônjuges, nem na massa comum.

1.2 – Poderes de disposição

Os regimes de comunhão, como o de comunhão de adquiridos, suscitam, a nível dos poderes de disposição diversa dos bens dos cônjuges, diversas ilegitimidades. Entendendo-se por ilegitimidade a interdição de se concluir o negócio jurídico, para proteger interesses alheios, podendo o negócio ser concluído pelo titular ou pelo seu representante ou com o consentimento daquele. Trata-se de uma necessidade não de proteger aquele que vê a sua esfera jurídica limitada, em razão de uma diminuição das suas capacidades naturais, mas da necessidade de proteger terceiro (Manuel de Andrade). Assim, repito, que se trata de ilegitimidade, quando um dos cônjuges se vê privado de poderes de disposição de bens próprios, ou da sua meação de bens comuns.

Cada um dos cônjuges, não pode, sem o consentimento do outro:

- a) – alienar bens imóveis, próprios ou comuns (artigo 1682.º-A, 1. a);
- b) – onerar bens imóveis próprios ou comuns, através da constituição de direitos reais de gozo ou de garantia, e ainda dar de arrendamento esses bens ou constituir sobre eles outros direitos pessoais de gozo (artigo 1682.º-A, 1. a);
- c) – alienar o estabelecimento comercial, próprio ou comum (artigo 1682.º-A, 1. b));
- d) – onerar ou dar em locação o estabelecimento próprio ou comum (artigo 1682.º-A, 1. b));
- e) – podendo, dada a ausência de proibição da lei, constituir outros direitos pessoais de gozo sobre o estabelecimento; e)
- f) – alienar a casa de morada da família (artigo 1682.º-A, 2);
- g) – onerar a casa de morada da família, através de direitos reais de gozo ou de garantia, e ainda dá-la de arrendamento ou constituir sobre ela outros direitos pessoais de gozo (artigo 1682.º-A, 2);
- h) – dispor do direito de arrendamento da casa de morada de família (artigo 1682.º-B) – podendo, consequentemente, dispor do direito de arrendamento, operando, por exemplo, uma cessão da posição contratual, quanto aos outros bens imóveis, próprios ou comuns; h) – alienar os móveis próprios ou comuns, utilizados conjuntamente pelos cônjuges como instrumento comum de trabalho (artigo 1682.º, 3. a);
- i) – alienar os seus bens móveis e os móveis comuns, se não for ele a administrá-los (artigo 1682.º, 2 e 3. b));
- j) – repudiar heranças ou legados (artigo 1683, 2) – podendo qualquer dos cônjuges aceitar doações heranças ou legados, sem o consentimento do outro (artigo 1683.º, 1).

Da fixação legal destas ilegitimidades conjugais, resultam os seguintes poderes dos cônjuges relativamente aos bens que integram as várias massas patrimoniais.

Cada um dos cônjuges não pode dispor dos seus bens próprios imóveis, nem dos bens imóveis comuns, sem o consentimento do outro (artigo 1682.º-A, 1. a). A sanção é a anulabilidade do acto (artigo 1687.º, 1).

A disposição que faça dos bens imóveis do outro é nula (artigos 892.º e 1687.º, 4).

Quanto aos bens móveis, cada um dos cônjuges pode dispor dos seus bens próprios e dos bens comuns se os administrar (exceptuando se se trate de móveis próprios ou comuns utilizados conjuntamente pelos cônjuges na vida do lar ou como instrumento comum de trabalho (artigo 1682.º, 3, alínea a)).

A violação desta regra determina a anulabilidade do acto (artigo 1687.º, 1).

Cada um dos cônjuges não pode dispor dos bens móveis do outro, quer esteja quer não na sua administração. No primeiro caso, a sanção é a anulabilidade do acto (artigos 1682, 3, b)), e 1687.º, 3, alínea b) e artigo 1687, 1); no segundo caso, a sanção é a da nulidade do acto (artigos 892.º e 1687.º, 4). Poderá, porém, dispor desses bens, se estiver a administrá-los e o respectivo acto de disposição for um “acto de administração ordinária” (artigo 1682.º, 3, alínea b)).

Suscitam-se, nesta matéria, alguns problemas a que convém fazer referência.

Um deles, de muito relevo prático, é o dos poderes de disposição do cônjuge comerciante em relação aos bens que adquiriu, no exercício do comércio, para revender. Quanto aos bens móveis, sempre se poderá dizer que o respectivo acto de disposição é um acto de administração ordinária, para efeitos da alínea b) do número três do artigo 1682.º. O cônjuge adquiriu os bens para os revender. Revendê-los é administrá-los, no contexto da empresa. Ou, se quisermos, é administrar a empresa.

O mesmo julgo que se poderá dizer dos bens imóveis. Alienar um bem imóvel que foi adquirido para vender, pelo cônjuge comerciante, é um acto integrado na administração da empresa: é administração ordinária do bem.

Suponha-se, agora, que o cônjuge administra uma carteira de acções que é comum. Administrar uma carteira de acções significa

vendê-las é com o produto, comprar outras, e assim sucessivamente. A administração neste caso é composta por uma sucessão de actos de alienação. Para poder alienar as acções, o cônjuge deverá ter um mandato do outro. Se não o tiver, considero que, também neste caso, a alienação das acções é um acto de administração ordinária. A não ser que a carteira de acções não constitua um património em constante movimentação, mas seja integrada por carteiras de títulos dotadas de estabilidade mantidas de reserva. Neste caso, a alienação desses títulos dependerá do consentimento do outro cônjuge.

Por morte, cada um dos cônjuges só pode dispor dos seus bens próprios e da sua meação no património comum (artigo 1685.º).

A disposição de coisa certa e determinada do património comum é válida, mas converte-se em disposição do respectivo valor em dinheiro. Só pode ser exigida a coisa em espécie, se ela, por qualquer título, se tiver tornado propriedade exclusiva do disponente à data da sua morte; ou se a disposição tiver sido previamente autorizada pelo outro cônjuge, por forma autêntica ou no próprio testamento; ou se a disposição tiver sido feita por um dos cônjuges em benefício do outro (artigo 1685.º, 3).

2 - COMUNHÃO GERAL

No regime de comunhão geral há, em princípio, só uma massa patrimonial: os bens comuns. São comuns todos os bens adquiridos pelos cônjuges na constância do casamento, quer a título gratuito quer a título oneroso. Bem como todos os bens que tenham trazido para o casamento. A existência de bens próprios deve considerar-se excepcional, reduzindo-se quase só àqueles que forem deixados ou doados a um dos cônjuges com a cláusula de incommunicabilidade.

Valem aqui, quanto aos poderes de disposição dos bens, aquilo que se referiu, a propósito da comunhão de adquiridos, para os bens comuns.

3 – SEPARAÇÃO DE BENS

No regime de separação de bens não há bens comuns. Quando muito, bens determinados em com-propriedade.

As ilegitimidades conjugais têm muito menor alcance do que nos regimes de comunhão. Assim, reduzem-se à proibição de cada um dos cônjuges alienar a casa de morada da família, ou onerá-la, através da constituição de direitos reais de gozo ou garantia, e ainda dá-la em arrendamento ou constituir sobre ela outros direitos pessoais de gozo; a proibição de dispor do direito ao arrendamento da casa de morada da família; a proibição de alienar os móveis próprios ou comuns, utilizados conjuntamente com o outro cônjuge na vida do lar; a proibição de alienar os móveis utilizados conjuntamente pelos cônjuges como instrumento comum de trabalho; e, finalmente, a proibição de alienar os seus bens móveis se não for ele a administrá-los.

4 – O CONSENTIMENTO CONJUGAL E O SEU SUPRIMENTO

No número 1 do artigo 1684.º determina-se que o consentimento conjugal para a prática dos actos que dele carecem deve ser especial para cada um desses actos. Está sujeito à forma exigida para a procuração (artigo 1684.º, 2), ou seja, à forma exigida para o negócio ou acto jurídico em causa (artigo 262.º, 2).

A autorização do cônjuge pode ser revogada enquanto o acto não tiver começado. A partir deste momento, o cônjuge que a revogar terá de indemnizar os prejuízos sofridos por terceiro. A revogação deve obedecer à mesma forma que a exigida para o consentimento: é o que resulta da aplicação analógica do número dois do artigo 1684.º.

O número 3 do artigo 1684.º admite o suprimento do consentimento, não só no caso de impossibilidade, como também no de injusta recusa.

O artigo 1687.º regula o regime da anulabilidade dos actos praticados contra as disposições enunciadas. A anulação pode ser pedida pelo cônjuge que não deu o consentimento, ou pelos seus herdeiros, nos seis meses subsequentes à data em que o requerente teve conhecimento do acto; mas nunca depois de decorridos três anos sobre a celebração desse acto (número 2). O adquirente de boa fé é protegido nos termos do número 3. A anulabilidade é sanável mediante confirmação (artigo 288.º).

Bibliografia fundamental:

Pereira Coelho, *ob. cit.*, pág. 475-501; Antunes Varela, *ob. cit.*, págs. 433-448.

XXXII LIÇÃO

A ESCOLHA DO REGIME DE BENS SUPLETIVO

INTRODUÇÃO

Esta lição visa uma apreciação crítica dos motivos que levaram à escolha e permitiram a manutenção do regime da comunhão de adquiridos como regime de bens supletivo.

1 - O CÓDIGO CIVIL DE 1867

O regime supletivo de bens previsto no Código Civil de 1867 era o da comunhão geral de bens, também apelidado de «costume do reino». Consubstanciava-se numa comunhão entre os cônjuges, de todos os seus bens presentes e futuros, não exceptuados na lei (artigo 1108.º do Código Civil). De entre estes últimos, salientavam-se os deixados ou doados com a cláusula da incommunicabilidade, ou os sub-rogados em lugar deles (artigo 1109.º, 2).

No caso de morte ou de separação, os bens comuns seriam repartidos entre os cônjuges, ou seus herdeiros, com a devida igualdade (artigo 1123.º).

Era a comunhão geral, o regime tradicional português; e, nas vésperas do Código Civil de 1966, era ainda aceite em 98 por cento dos casamentos.

Apoiavam-no argumentos de peso.

Era o que melhor correspondia à essência do casamento fazendo coincidir a união de patrimónios com a união de pessoas. Esta união patrimonial reflectia a colaboração que cada um dos esposos presta ao outro na conservação e fruição dos bens existentes e na aquisição de novos bens. A comunhão, dando o seu a seu dono, permitia, aliás, adequada protecção do cônjuge sobrevivente - um dos interesses fundamentais que a doutrina consuma levar em conta nesta matéria. A sobrevivência do cônjuge sobrevivente, a um nível de vida equiparável ao anterior, parecia ser assegurada através da sua meação dos bens comuns.

O regime supletivo de bens revela que o legislador entendia dever existir, também no aspecto patrimonial, uma profunda união entre os cônjuges, vindo em cada um o mais próximo familiar do outro. A família era centrada sobre os cônjuges. O casamento, como instituição socialmente apoiada, era perpétuo, dada a proibição do

divórcio, e a sua estabilidade profunda. Não se compreendia que fosse outro o pressuposto de uma comunhão geral em que o simples facto do casamento é motivo de aquisição. Com efeito, no caso de separação de pessoas e bens única interrupção do vínculo conjugal permitida pelo Código de 1807 e, na prática, rara – a comunhão geral redundará no locupletamento de um dos cônjuges à custa do outro. O cônjuge que deu motivo à dissolução do vínculo conjugal recebe, do mesmo modo, a sua meação nos bens comuns. Mesmo naqueles bens que eram pertença do outro cônjuge antes do casamento, ou que lhe advieram posteriormente a título gratuito.

Pode afirmar-se, mesmo, que o legislador dá prevalência aos laços conjugais sobre os da consanguinidade. Assim, a comunhão geral levará eventualmente, a que os bens abandonem a linha familiar em que se encontravam. Era o caso, por exemplo, de o titular de um património avoengo contrair casamento, segundo o «costume do reino», com outrem, e este casamento se dissolver sem descendentes comuns. Metade daquele património transmitir-se-ia aos herdeiros do viúvo em prejuízo da linhagem de que eram originários os bens.

A lei do divórcio, de 1910, ao instituir o divórcio para o casamento civil – único que passa a ser legalmente reconhecido – provoca um certo abalo na lógica deste regime. Com efeito, a instituição familiar, de significado social mais esbatido, é susceptível de ser desagregada através do divórcio. O casamento já só é presuntivamente perpétuo. É, portanto, mais fácil realizar o casamento-negócio, através da combinação do regime da comunhão geral (que se mantém intocado) com o divórcio e a separação. Os casos de desvios de bens da linha originária, avolumam-se consequentemente. A estabilidade da família e a união entre os esposos, que servem de pressuposto à comunhão geral, têm de ser vistas a nova luz. O regime supletivo pode, assim, ser legitimamente repensado.

A posterior proibição, nos anos 40, do divórcio para os casamentos católicos, não vem alterar os dados fundamentais do problema. Continua a haver um certo número de casos em que a dissolução do casamento leva a injustos locupletamentos de um cônjuge, ou ao desvio inconveniente dos bens da linhagem originária.

2 – O CÓDIGO CIVIL DE 1966 E O REGIME DA COMUNHÃO DE ADQUIRIDOS

O Código Civil de 1966 veio estabelecer a comunhão de adquiridos como regime supletivo. Já no começo dos anos sessenta, a diminuição da estabilidade do casamento – que, contudo se expressava em reduzidas percentagens de divórcio e de separações – constituía um argumento de valor contra a comunhão geral como regime supletivo de bens. A ideia de comunhão de adquiridos começa a avolumar-se. Com efeito, trata-se de um regime mais adequado aos momentos de crise, evitando injustas repartições de bens. Por outro lado, o regime de bens escolhido parecia não ter significado para o bom entendimento dos cônjuges. A unidade do matrimónio pode ser atingida seja qual for o regime de bens. Um casamento bem sucedido transformará numa verdadeira comunhão qualquer regime de bens – afirmava-se.

Aliás, nas famílias com maiores haveres, o regime convencional era muito frequentemente o da comunhão de adquiridos. Ou vinha a sê-lo, na prática, através de cláusulas de incommunicabilidade dos bens. De modo que, na realidade, a comunhão geral estava limitada aos matrimónios de poucos ou nenhuns bens materiais, para os quais, portanto, o problema do regime de bens era despiendo de interesse. Adoptar legalmente, como foi feito, a comunhão de adquiridos como regime de bens supletivo seria como que consagrar os costumes dominantes. Mantinha-se, todavia, um argumento de peso a favor da comunhão geral: era este o regime que melhor protegia os interesses do cônjuge menos favorecido economicamente, no caso de pré-morte do outro. E este argumento funcionava sobreindo com referência à mulher. Estando esta normalmente afastada, como estava, da actividade remunerada, a sua esperança de sobrevivência estaria só no património conjugal. A meação deste património assegurar-lhe-ia o mesmo

nível de vida, com base na ideia, particularmente errónea para os pequenos e médios patrimónios, de que um só vive com metade do que necessitava o casal.

Esta situação de dependência da mulher em relação ao património conjugal era atenuada por diversos factores. Ao marido competia, não só um largo poder decisório sobre as actividades produtivas da mulher (artigo 1676.º), como, em princípio, a administração dos bens do casal (artigo 1678.º). A mulher podia ser impedida pelo marido de auferir rendimentos pelo seu trabalho ou pelo comércio.

É certo que, na segunda metade da década de sessenta, a mulher adquire um acesso efectivo ao mercado de trabalho muito superior ao que até aí se verificava. Deste modo também a mulher adquire uma autonomia patrimonial que lhe permitia dispensar a protecção do património conjugal. Tratava-se, porém, de um fenómeno ainda suficientemente limitado para poder invalidar as considerações anteriores.

Na década de setenta inicia-se uma evolução a nível das relações pessoais entre os cônjuges, e no que se refere à progressiva dependência destes no plano patrimonial, que há que acentuar, e que deveria levar a uma evolução significativa em matéria do regime de bens supletivo.

A entrada em vigor da Constituição da República de 1976 arrastou significativas alterações no Direito da Família. No que se refere especificamente ao nosso tema, o artigo 13.º, 1, da Constituição, dispõe a igualdade dos cidadãos perante a lei, proibindo o número 2 do mesmo artigo a discriminação com base no sexo. A igualdade de direitos e de deveres entre os cônjuges, quanto à sua capacidade civil e política e à manutenção dos filhos, vem consagrada no número 3 do artigo 36.º.

Com base nestes princípios, tomou-se um certo número de medidas de alteração do Código Civil (Decreto-Lei n.º 476/77, de 25-11). Desde logo, eliminou-se o estatuto de chefe de família atribuído ao marido, no duplo campo pessoal e patrimonial.

No domínio da actividade económica, qualquer dos cônjuges passa a poder exercer qualquer profissão ou actividade, sem o consentimento do outro (artigo 1677.º-D).

Nas relações patrimoniais entre os cônjuges manteve-se o regime supletivo da comunhão de adquiridos que deixa, contudo, de ser dominado pelos poderes do marido. Também nesta matéria se estabelece plena igualdade entre os cônjuges.

Parece-me que a manutenção do regime da comunhão de adquiridos como regime supletivo de bens, é dificilmente compatível com a nova regulamentação jurídica do casamento, sobretudo no que se refere ao divórcio.

O casamento – instituição tradicional, moldado e sustentado em larga medida pelas pressões sociais – o Direito aqui compreendido – é posto em causa em benefício do casamento – contrato. O novo casamento «valerá o que valerem os cônjuges». Ainda não se trata, é certo, do casamento visto como uma união entre duas pessoas independentes, do qual o direito se desinteressa largamente. Mas é já um contrato posto do qual o direito se desinteressa largamente. Mas é já um contrato posto vastamente à disposição dos interessados, pelo menos quanto à sua duração – o que vem determinar profundamente a sua textura. Enquanto subsistir, viverá com base no equilíbrio de forças de dois sócios iguais e indiferenciados juridicamente. O seu fim estará (ou deveria estar), sem constrangimentos externos, nas mãos dos interessados.

Esta dissociação do casamento deveria levar ao afrouxamento dos laços jurídicos entre os cônjuges, através da eliminação dos bens comuns e, consequentemente, dos poderes de administração também comuns.

Como referi no início, o bom entendimento entre os cônjuges transformará em comunhão qualquer regime de separação de bens. Enquanto que o desentendimento levará a graves diferendos no aspecto patrimonial, e, normalmente, ao bloqueio da actividade económica dos cônjuges durante o período que precede o divórcio ou a separação.

Os bens comuns estão sujeitos a administração comum dos cônjuges, e igualmente, à insusceptibilidade de serem alienados ou onerados sem o consentimento de ambos os cônjuges. Também os bens imóveis próprios, nos regimes de comunhão, só podem em princípio ser alienados ou onerados com o consentimento de ambos os cônjuges. Nestes termos, logo que surge o desentendimento pessoal entre os cônjuges, este desentendimento reflectir-se-à necessariamente no aspecto patrimonial; tornando impossível o acordo dos cônjuges para a administração e alienação dos bens e, consequentemente, paralisando a vida económica do casal, com grave prejuízo para estes, para os filhos, e para a sociedade em geral. Dada a cada vez maior taxa de divorcialidade, o único regime que me parece possível é um regime de separação ou que tenda para esta. Que reflita a cada vez maior independência pessoal e patrimonial dos cônjuges, pessoas independentes,

situadas no «espaço» familiar; onde as decisões, seguramente, se devem estabelecer «de facto» por consenso; mas, quando este consenso não for possível, os cônjuges devem retomar toda a sua liberdade natural.

No caso de grave desentendimento entre os cônjuges, que leve cada um a bloquear todas as decisões necessárias à conservação e fruição dos bens comuns, deixarão de se mudar as torneiras que se estraguem nas casas do casal; deixarão de se contratar trabalhadores para as quintas comuns; não se venderão os respectivos frutos; não se venderão, com a rapidez necessária, as acções que estejam a descer na bolsa, etc..

CONCLUSÃO

Concluo, pois, que a cada vez maior independência dos cônjuges, sob o ponto de vista pessoal, sob o ponto de vista da sua actividade produtiva, acompanhada de uma crescente taxa de divorciabilidade, aponta inequivocamente em matéria patrimonial para um regime de bens de separação.

Bibliografia fundamental:

Diogo Leite de Campos, «Família e Sucessão», sep. do vol. LVI (1980), do *B. FD. C.* pág. 16 segs; id., «Parentesco, Casamento e Sucessão», sep. da *R. O. Adv.*, Lisboa, 1985; Guilherme Braga da Cruz, *O problema do regime matrimonial de bens supletivo no novo Código Civil português (Estado actual da questão)*, Lisboa, 1956 (sep. do BMJ); Jean Carbonnier, *Droit civil, La famille*, 13.^a ed., Paris, 1989, pág. 150 e segs.; Gérard Cornu, *ob. cit.*, págs. 23 e segs., 299 e segs., 779 e segs.

XXXIII LIÇÃO

ADMINISTRAÇÃO DOS BENS DOS CÔNJUGES

INTRODUÇÃO

Tive oportunidade de referir que o princípio constitucional da igualdade dos cônjuges, é levado, legitimamente, até às últimas consequências no que se refere à administração dos bens do casal. Assim, enquanto que cada um dos cônjuges administrará os seus bens próprios, a administração dos bens comuns é conjunta. Os bens comuns são administrados por ambos os cônjuges, embora cada um deles possa praticar os actos de administração ordinária desses bens.

Como veremos a seguir, a administração conjunta dos bens comuns, se bem que aceitável no plano dos princípios, levanta, na prática, extremas dificuldades. A «sociedade» conjugal é uma sociedade com dois «sócios gerentes» cada um com 50% do capital; o que permite que um bloqueie todas as decisões do outro. Em períodos de entendimento conjugal, tudo correrá pelo melhor, repartindo-se o trabalho de administração de acordo com a capacidade e as possibilidades de cada um dos cônjuges. Mas em períodos de crise, o verdadeiro direito de veto que assiste a cada um dos cônjuges pode levar a gravíssimas perturbações e a incalculáveis prejuízos patrimoniais.

Não está em causa o princípio da igualdade. O que está em causa é a existência de bens comuns, a implicar uma administração conjunta que me parece inconveniente.

1 - ADMINISTRAÇÃO DOS BENS

Os bens próprios são administrados pelo cônjuge que é seu proprietário (artigo 1678.º, 1, do Código Civil).

Contudo, existem algumas exceções. Um dos cônjuges pode administrar bens do outro: quando se trate de móveis que, embora pertencentes ao outro cônjuge, são exclusivamente utilizados como instrumentos de trabalho pelo cônjuge administrador (número 2, alínea e), do artigo 1678.º; ou no caso de ausência ou impedimento do outro cônjuge (alínea f); ou quando o outro cônjuge lhe confira, por mandato revogável, poderes de administração (alínea g)).

Quanto aos bens comuns, a norma é a da administração conjunta (artigo 1678.º, número 3). Podendo cada um dos cônjuges praticar (sozinho) os actos de administração ordinária.

Contudo, certos bens comuns devem ser administrados por um dos cônjuges. Isto, quer porque estejam particularmente ligados a esse cônjuge, ou porque o outro esteja ausente ou impedido de os administrar, ou tenha conferido ao cônjuge administrador, por mandato revogável, poderes de administração.

Assim, o número 2 do artigo 1678.º atribui a cada um dos cônjuges a administração exclusiva dos seguintes bens comuns: proventos que receba pelo seu trabalho (alínea a)); os seus direitos de autor (alínea b)); bens comuns que levon para o casal ou que adquiriu depois do casamento a título gratuito, e dos sub-rogados em lugar deles (alínea c)); bens que tenham sido doados ou deixados a ambos os cônjuges com exclusão da administração do outro cônjuge, salvo se se tratar de bens doados ou deixados por conta da legítima desse outro cônjuge (alínea d)); móveis comuns por ele exclusivamente utilizados como instrumento de trabalho (alínea f)); todos os bens do casal, se o outro cônjuge se encontrar ausente ou impedido de os administrar (alínea a)); todos os bens do casal ou parte deles, se o outro cônjuge conferir, por mandato revogável, esse poder (alínea g)).

2 - PODERES DO CÔNJUGE ADMINISTRADOR E DO CÔNJUGE NÃO ADMINISTRADOR

2.1 - Poderes do cônjuge administrador

Os poderes do cônjuge administrador abrangem os de disposição dos móveis comuns tratando-se essa disposição de acto de administração ordinária (vender acções, uma junta de bois, ou uma mesa em mau estado serão, ou poderão ser, actos de administração ordinária, (artigo 1682.º 1); e a alienação e oneração dos móveis próprios e dos comuns descritos nas alíneas a) a f) do n.º 2 do artigo 1678.º

2.1.1 - Responsabilidade do cônjuge administrador

O Código Civil, no seu artigo 1681.º, estabelece diversos casos de responsabilidade do cônjuge administrador. O administrador de bens comuns, ou de bens próprios do outro cônjuge é obrigado, salvo casos excepcionais (número um do artigo 1681.º), a prestar contas, podendo ser responsabilizado no caso de não o fazer ou essas contas serem insuficientes.

Quando a administração seja ruinosa a ponto de o cônjuge não administrador correr o risco de perder o que é seu, este tem a faculdade de requerer a simples separação judicial de bens, nos termos dos artigos 1767.º e seguintes.

2.2 - Poderes do cônjuge não administrador

O cônjuge que não tem a administração dos bens não está inibido de tomar providências a ela respeitantes, se o outro se encontrar, por qualquer causa impossibilitado de o fazer, e do retardamento das providências puderem resultar prejuízos - artigo 1679.º do Código Civil.

3 - OBSERVAÇÕES À ADMINISTRAÇÃO ORDINÁRIA POR CADA UM DOS CÔNJUGES DOS BENS COMUNS

A atribuição a cada um dos cônjuges, isoladamente, da faculdade de praticar actos de administração ordinária dos bens comuns levanta sérias dificuldades, na prática.

Com efeito, põe-se o problema, antes de mais, de saber o que são actos de administração ordinária. Assentemos em que se trata de actos destinados à sua simples frutificação ou conservação, sem alterarem a substância da coisa. Mas, mesmo assim, estes actos têm de ser entendidos no quadro do estatuto económico do casal. Com efeito, mandar pintar a casa de morada da família, pode ser, para um casal abastado, um mero acto de administração ordinária. Mas, para um casal que vive em dificuldades económicas, o custo da obra poderá representar um tal dispêndio que só ambos os cônjuges poderão acordar nele.

Deve, assim, entender-se por actos de administração ordinária, aqueles que visam a conservação ou frutificação da coisa e que podem ser efectuados pelo casal sem sacrifício económico relevante e sem recurso às suas reservas financeiras; utilizando só uma parte dos rendimentos correntes. O critério deve ser qualitativo e quantitativo: actos correntes suportados com rendimentos correntes.

Como disse na introdução, no caso de bom entendimento do casal, cada um dos cônjuges praticará estes actos, sem haver obstáculos ou dificuldades por parte do outro. Mas, se por desentendimento sistemático do casal, ou por desacordo do outro, haver uma oposição? Suponha-se que um dos cônjuges pretende mandar pintar as janelas da casa. E o outro recusa. *Quid iuris?*

A atribuição legal do poder de praticar actos de administração ordinária não significa que o cônjuge que os vai praticar possa ir contra a oposição do outro. Supõe-se, simplesmente, que essa autorização está tacitamente concedida. Mas, se a oposição é declarada? Então,

neste caso, não haverá legitimidade para praticar esse acto. O marido pretende mandar instalar um telefone em casa; e a mulher opõe-se alegando que não há necessidade dele e que o custo da sua instalação e funcionamento será muito pesado para as finanças do casal. Pois... não haverá telefone. E se o marido o mandou instalar e a mulher pretende retirá-lo? Se o marido se opuser a que ele seja retirado, pois... o telefone manter-se-à embora as contas sejam a cargo do marido. Estas discordâncias entre o casal conduzirão, normalmente, à dissolução do vínculo conjugal, revelando um estado de tensão incompatível com a comunhão de vida. Poder-se-à dizer que o problema, assim, estará resolvido. Mas não é certo. A dissolução do casamento, pela via judicial, por muito rápida que seja, demora alguns meses, senão alguns anos. Há divórcios que vêm na esteira de longas separações de facto, mesmo que não se tenha obedecido ao prazo de seis anos estabelecido no Código Civil. Durante este período a existência de bens comuns leva a graves situações de bloqueio. Cada um dos cônjuges, não só a nível da administração «ordinária», como no que se refere à administração «extraordinária», podendo bloquear as decisões do outro, criará situações de verdadeira ruptura patrimonial. As quintas não serão cultivadas; as casas não serão conservadas, etc.. Não se vê como se possa ultrapassar esta situação, dado o legítimo princípio da igualdade dos cônjuges. A não ser, através da eliminação dos bens comuns. Como tive oportunidade de referir, os sistemas de comunhão não são necessários para promover a unidade do casal, e constituem graves factores de perturbação nos períodos que precedem a dissolução do vínculo conjugal.

Bibliografia fundamental:

Pereira Coelho, *ob. cit.*, págs. 406 a 417; Antunes Varela, *ob. cit.*, págs. 351 a 382; Gérard Cornu, *ob. cit.*, págs. 425 e segs.

XXXIV LIÇÃO

RESPONSABILIDADE POR DÉVIDAS DOS CÔNJUGES

INTRODUÇÃO

Cada um dos cônjuges tem legitimidade para contrair dívidas sem o consentimento do outro (artigo 1690.º, 1, do Código Civil).

Sucede, que algumas das dívidas contraídas por um dos cônjuges são só de sua responsabilidade enquanto que outras são de responsabilidade comum. A determinação da responsabilidade dos cônjuges refere-se à data em que as dívidas foram contraídas, isto é, à data do facto que lhes deu origem (artigo 1690.º, 2).

1 – RESPONSABILIDADE PELAS DÍVIDAS

1.1 – Dívidas da responsabilidade de ambos os cônjuges

São da responsabilidade de ambos os cônjuges as dívidas enunciadas nos números 1 e 2 do artigo 1691.º.

Antes de mais, as dívidas contraídas por ambos os cônjuges ou por um deles com o consentimento do outro (artigo 1691.º, 1, alínea a)). Compreendem-se nesta disposição quer as dívidas anteriores, quer as posteriores ao casamento, e qualquer que seja o regime de bens.

O consentimento do outro cônjuge não pode ser suprido judicialmente.

Vêm a seguir as dívidas contraídas por ambos os cônjuges para ocorrer aos encargos normais da vida familiar (artigo 1691.º, 1, alínea b)). Não interessa que as dívidas sejam contraídas antes ou depois do casamento, como não interessa o regime de bens. Cabem aqui as dívidas de alimentação, vestuário, médico, farmácia, divertimentos, viagens, educação, etc.. Muitas vezes, estas dívidas também seriam comuns em virtude do disposto na alínea c) do número 1 do artigo 1691.º: seriam dívidas contraídas por um dos cônjuges em proveito comum do casal no âmbito dos seus poderes de administração.

As dívidas contraídas na constância do matrimónio pelo cônjuge administrador e nos limites dos seus poderes de administração, em proveito comum do casal, também são comuns (artigo 1691.º, 1, alínea c)).

Há aqui, pois, dois elementos a levar em conta.

O primeiro é o exercício da administração por um dos cônjuges dos bens que lhe estão afectados. Assim, a mulher tem normalmente o governo doméstico; enquanto que o marido terá, eventualmente, a administração da quinta de onde saem os bens necessários para a alimentação do casal.

Além disso, é necessário que a dívida tenha sido contraída em proveito comum.

O proveito comum não se afere pelo resultado, mas pela aplicação da dívida, pelo fim visado pelo cônjuge. Assim, se o cônjuge que administra a quinta, contraiu uma dívida para comprar adubos, esta dívida foi contraída em proveito comum do casal. Mesmo que a exploração não dê lucros, o adubo se tenha perdido, ou que fosse economicamente desnecessário.

Também se pode tratar, não do interesse material ou económico, mas do interesse moral. Assim, será contraída em proveito comum, a dívida assumida pela esposa para financiar uma viagem do casal ou dos filhos, ao estrangeiro.

Se o fim para que a dívida foi contraída é manifestamente absurdo ou irrealista, nem por isso ela deixará de ser uma dívida contraída em proveito comum do casal e, portanto, da responsabilidade de ambos os cônjuges; envolverá, quando muito, a responsabilidade do cônjuge administrador perante o outro e, eventualmente, uma separação judicial de bens.

Seguem-se as dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges no exercício do comércio (artigo 1691.º, 1, alínea d)). Contudo, pode provar-se que não houve intenção de proveito comum da parte do cônjuge que contraiu a dívida, sendo esta, portanto, de exclusiva responsabilidade do cônjuge que a contraiu. Também não haverá comunicabilidade se vigorar entre os cônjuges o regime da separação.

Esta disposição é tradicional em direito português. Embora, no âmbito da redacção primitiva do Código de 1966, se considerasse de responsabilidade comum a dívida contraída por qualquer dos cônjuges no exercício do comércio, mesmo que não houvesse proveito comum do casal. Com efeito, numa parte importante das famílias portuguesas, era o marido que exercia a actividade comercial, vivendo o casal dessa actividade, dado que a mulher não trabalhava fora de casa ou, quando muito, colaborava com o marido no exercício do comércio. Portanto, de algum modo, as dívidas contraídas no exercício do comércio eram *objectivamente* em proveito comum.

Hoje, com a progressiva independência dos cônjuges no aspecto patrimonial, e com a menor vinculação do agregado familiar aos rendimentos de um dos cônjuges, mesmo que este seja comerciante, a responsabilidade de ambos os cônjuges pelas dívidas do cônjuge

comervante, parece demasiadamente pesada. Mesmo com a restrição que referimos da alínea d) do número 1 do artigo 1691.º, permitindo a prova em contrário do proveito comum. Conviria, também nesta matéria, alargar a independência entre os cônjuges, remetendo-se para o princípio geral.

Por estas razões, rejeito a possibilidade de se aplicar por analogia estas normas às dívidas contraídas por cada um dos cônjuges no exercício da sua profissão (médicos, advogados, etc.).

As dívidas que onerem doações, heranças ou legados, quando os respectivos bens tiverem ingressado no património comum, também são de responsabilidade comum (artigos 1691.º, 1, e, e 1693.º, 2).

Note-se que a responsabilidade comum por estas dívidas existe ainda que o outro cônjuge não tenha dado o seu consentimento à aceitação (consentimento que não é necessário – artigo 1683.º, 1). Mas o cônjuge do azeitante poderá impugnar o pagamento das dívidas com o fundamento de que o valor dos bens não é suficiente para a satisfação dos encargos (artigo 1693.º, 2).

São comuns também as dívidas contraídas antes do casamento por qualquer dos cônjuges, em proveito comum do casal, vigorando o regime da comunhão geral de bens (artigo 1691.º, 2).

As dívidas que onerem bens comuns são também comuns, não obstando à comunicabilidade a circunstância das dívidas se terem vindo antes dos bens se tornarem comuns (artigo 1694.º, 1).

As dívidas que, nos regimes de comunhão, onerem os bens próprios, se tiverem como causa a precepção dos respectivos rendimentos, também são comuns (artigo 1694.º, 2).

1.2 – Bens que respondem pelas dívidas de responsabilidade comum

Respondem pelas dívidas de responsabilidade comum os bens comuns, e, na falta ou insuficiência destes, os bens próprios de qualquer dos cônjuges (artigo 1695.º, 1). A responsabilidade dos cônjuges, no caso da dívida vir a ser paga com os bens próprios, é solidária nos regimes de comunhão, e parciária no regime de separação (artigo 1695.º, 1 e 2).

2.2 - Bens que respondem pelas dívidas de exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges

Nos termos do número 1 do artigo 1696.º respondem pelas dívidas próprias de cada um dos cônjuges, os bens próprios do cônjuge devedor e, subsidiariamente, a sua meação nos bens comuns. Neste caso, o cumprimento só é exigível depois de dissolvido, declarado nulo ou anulado, o casamento, ou depois de decretada a separação judicial de pessoas e bens ou só de bens.

A moratória aqui prevista comporta várias excepções, nomeadamente as dos números 2 e 3 do artigo 1696.º.

Por força do número 2 do artigo 1696.º, respondem ao mesmo tempo que os bens próprios do cônjuge devedor, os bens por ele levados para o casal, ou posteriormente adquiridos a título gratuito, bem como os respectivos rendimentos, o produto do trabalho e os direitos de autor do cônjuge devedor, e os bens sub-rogados no lugar dos mencionados em primeiro lugar. Embora estes bens sejam comuns por força do regime de bens, a lei protege neste caso o credor que tinha em vista os bens que o devedor levava para o casamento, os que adquiria mais tarde por herança ou doação, e os proventos que auferia: que pareciam, aos olhos de terceiros, bens comuns.

O número 3 do artigo 1696.º admite que a meação do cônjuge devedor seja executada imediatamente se a dívida provém de crime ou de outro facto imputável ao outro cônjuge.

2 - DÍVIDAS DE EXCLUSIVA RESPONSABILIDADE DE UM DOS CÔNJUGES

2.1 - Enunciado das dívidas da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges

São as dívidas contraídas por um dos cônjuges sem o consentimento do outro (artigo 1692.º, a)).

Compreendem-se aqui tanto as dívidas anteriores como as posteriores ao casamento.

Contudo, se as dívidas tiverem sido assumidas para ocorrer aos encargos normais da vida familiar, ou pelo cônjuge administrador em proveito comum do casal, as dívidas são de responsabilidade comum.

As dívidas provenientes de crimes ou outros factos imputáveis a um dos cônjuges, também são da exclusiva responsabilidade desse cônjuge (artigo 1692.º, b)). A lei quer abranger aqui todos os factos constitutivos da obrigação de indemnizar, ligados à responsabilidade civil, contratual ou não, ou à responsabilidade criminal, quer se trate de factos ilícitos, de factos lícitos, de factos culposos ou não culposos.

Parece, porém, que serão de responsabilidade de ambos os cônjuges todas as obrigações de indemnizar em virtude de factos praticados em benefício comum.

As dívidas que onerem bens próprios de qualquer dos cônjuges, também são próprias (artigos 1692.º, c), e 1694.º, 2).

As dívidas que onerem doações, heranças ou legados, quando os respectivos bens sejam próprios, mesmo que a aceitação tenha sido efectuada com o consentimento do outro cônjuge, são dívidas próprias.

3 - COMPENSAÇÕES DEVIDAS PELO PAGAMENTO DE DÍVIDAS DO CASAL

No caso dos bens de um dos cônjuges terem respondido por dívidas de responsabilidade comum, para além do que lhe compete, e seja qual for a razão desta responsabilidade, o cônjuge que pagou mais que a sua parte tem um crédito de compensação sobre o outro cônjuge. Crédito, porém, que só é exigível no momento da partilha dos bens do casal, em consequência de declaração de nulidade ou anulação do casamento, de separação judicial de pessoas e bens, ou só de bens, ou de divórcio, a não ser que vigore entre os cônjuges o regime de separação (artigo 1697.º, 1).

O número 2 do artigo 1697.º regula a hipótese de terem respondido bens comuns por dívida da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges. Neste caso, nasce um crédito de compensação do património comum sobre o património do cônjuge devedor. Que deve ser levado em conta no momento da partilha.

4 - RESPONSABILIDADE POR DÍVIDAS NO CASO DE SEPARAÇÃO DE FACTO

O regime que tenho vindo a enunciar só vale completamente no caso de o casal apresentar uma comunhão de vida também no campo patrimonial. Se houver separação de facto, trata-se de um «facto» que vem, necessariamente, influenciar as normas descritas.

O problema levanta-se quanto aos bens comuns.

Se estes continuarem a ser usados comumente pelos cônjuges, continuará a aplicar-se o regime que enunciei. Mas se de facto, um desses bens estiver afectado só a um dos cônjuges, todas as dívidas com ele relacionados serão a cargo desse cônjuge.

Desaparecendo a vida em comum do casal, é natural que deixe de haver dívidas assumidas em proveito comum do casal.

As necessidades de cada um dos cônjuges, mesmo do cônjuge que tenha os filhos a seu cargo, deverão ser satisfeitas através da atribuição de alimentos.

Mais: o cônjuge que tenha afectado a si, exclusivamente, certos bens comuns, será responsável perante o outro cônjuge pelo seu enriquecimento, e pelos prejuízos que tenha causado ao outro pela privação do uso e fruição do bem.

Com efeito «os cônjuges participam por metade no activo e passivo da comunhão» (artigo 1730.º, 1). Este direito a metade dos bens comuns é «consumido», esbatendo-se, no decurso do casamento – comunhão de vida, precisamente por esta comunhão de vida. Mas volta a surgir à superfície no curso de separação de facto.

Trata-se de uma consequência da concepção da comunhão como propriedade, que enunciei. É que encontra, repito, apoio directo no artigo 1730.º, 1.

Bibliografia fundamental:

Pereira Coelho. *ob. cit.*, págs. 422 a 445; Antunes Varela, *ob. cit.*, págs. 382 a 408.

2**Direito das Sucessões**

XXXV LIÇÃO

HISTÓRIA E FUNDAMENTO
DO FENÔMENO JURÍDICO SUCESSÓRIO

INTRODUÇÃO

Nesta primeira lição da parte dedicada ao Direito das Sucessões, há que fazer a genealogia das normas que regulam hoje as sucessões “mortis causa”. E, seguidamente, fundamentar o fenómeno sucessório, justificando o quadro familiar em que o fenómeno sucessório se desenvolve.

1 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DAS SUCESSÕES

Tanto na Germânia, como em Roma, o testamento começou por não existir.

Tácito observa, de passagem, na sua "Germania" que os germanos, no século II depois de Cristo, não conheciam o testamento: "et nullum testamentum".

Comparando o direito germânico com o direito romano, pode descobrir-se a razão deste desconhecimento: os germanos não tinham, no seu direito, o instituto da "patria potestas", um poder absoluto e unitário, pessoal e patrimonial, concentrado nas mãos do "pater" e com base no qual este podia dispor, por morte, dos bens da família.

Mas também em Direito romano o testamento, expressão do poder de disposição patrimonial do "pater", é tardio. A sucessão legítima terá dominado os primeiros tempos de Roma.

Em todas as sociedades indo-europeias os familiares viviam em comunhão patrimonial (propriedade de mão comum ou de tipo germânico). Era a *unidade* familiar a proprietária dos bens; as alterações na composição "interna" dessa unidade não implicavam qualquer fenómeno sucessório, pois a unidade familiar era sempre a mesma. Nem se pode falar aqui de um "direito de crescer" dos sobreviventes, pois os membros do agregado familiar não eram comproprietários, ou titulares de quotas ideais.

Em Roma, foi com a afirmação da "patria potestas" que o património familiar se transformou em património do "pater", e este passou a poder dispor dele também "mortis causa".

É a "propriedade familiar" indo-europeia e germânica que acaba por determinar a sucessão nos quadros do grupo familiar. O "direito" dos parentes próximos esbate-se; já não é um direito "sobre" os bens, mas "aos" bens deixados sem titular por morte. Limitando-se o poder do proprietário dos bens de dispor deles por morte.

O interesse, social e juridicamente relevante, dos familiares mais próximos, levou, no Direito da Alta Idade Média, a limitar o poder de dispor.

Desde logo, o testamento medieval diferenciava-se do testamento romano por se limitar a estabelecer a sorte do património – e já não, com a instituição de herdeiro, a criar um sucessor no poder sobre a família.

Enquanto se restringiam, por influência do direito germânico e do cristianismo, de acordo sobre a regra “*solus Deus heredes facere potest*”, os poderes de disposição patrimonial do testador. Por influência do cristianismo, a família, fundada nos laços do sangue, passou a invocar o direito a uma parte importante de herança (ao lado, eventualmente, das partes dos pobres e da Igreja). As figura de filho e de herdeiro passaram a coincidir naturalmente.

Continuando o direito contemporâneo ligado directamente ao direito romano no que se refere à figura de herdeiro, entendido como sucessor universal (“*hereditas nihil est quam successio in universum ius quod defunctus habuit* – Dig. 4, 16, 24).

Enquanto que o direito germânico transmitia a norma de que “o morto empossa o vivo” (“*le mort saisit le vif*”, em direito francês): os bens seriam adquiridos “*ipso iure*”, sem necessidade de aceitação. Com base na circunstância de que tais bens se mantinham no círculo de parentes próximos, como recordação da comunhão germânica; não haveria uma verdadeira transmissão ou translação dos bens para outrem.

A conciliação entre a tradição germânica da propriedade familiar e a sucessão testamentária romana, levou a separar o património do “*de cuius*” em duas massas, uma de livre disposição, outra de devolução forçada aos parentes próximos. Estes últimos bens seriam os “bens de avoenga”, os herdados dos antepassados, que teriam de ser transmitidos “*moris causa*” aos descendentes, enquanto que os bens adquiridos podiam ser objecto de disposição testamentária.

Esta distinção entre bens “vinculados” e os outros, só desapareceu em Portugal com a extinção dos morgadios, em pleno século XIX. E no Reino Unido ainda hoje subsiste, embora com reduzido alcance prático dada a diminuição dos bens vinculados, com o desaparecimento do regime feudal.

2 – O FUNDAMENTO DA SUCESSÃO

O fundamento da sucessão pode entender-se em dois sentidos: qual o fundamento do fenómeno sucessório – a que interesses responde a existência de uma sucessão “*moris causa*”; quais os motivos que levaram a estabelecer a devolução sucessória em certos termos – nomeadamente a estabelecê-la nos quadros da família, transmitindo-se os bens a certos familiares mais próximos.

2.1 – O fundamento do fenómeno sucessório

2.1.1 – A justificação jurídica da sucessão “*moris causa*”

Por morte do titular dos direitos e das obrigações, há a necessidade socialmente sentida de que aqueles e estas “adquiram” um novo titular; caso contrário, as coisas, sem proprietário, transformar-se-iam em “*res nullius*”, sujeitas à apropriação do primeiro que as ocupasse; os créditos extinguir-se-iam, bem como as obrigações. A ordenação dos bens, o comércio jurídico, a própria ordem social estariam sujeitos a constantes rupturas e perturbações.

Por outro lado, os agentes económicos, titulares de direito de crédito e de direito reais “a prazo” (sempre incerto, eventualmente curto) desinteressar-se-iam da sua aquisição, conservação e administração, por se transformarem em detentores precários. A possibilidade de se transmitirem os bens por morte, a outros entes queridos, consolida o interesse do seu titular, remetendo a propriedade “vitalícia” para a eternidade.

A disciplina de sucessão “*moris causa*” é, assim, um problema jurídico.

2.1.2 – Fundamento último da sucessão

A reflexão filosófica sobre a sucessão tem ocupado os pensadores desde a Grécia clássica.

Começemos pelos jusnaturalistas.

Grotius entendia que todas as coisas eram, originariamente, comuns a todos os homens; depois, através de uma convenção, constitui-se o direito de propriedade. É do direito de propriedade que resulta o direito de testar, fundando-se a sucessão legítima ("ab intestat") na vontade implícita do "de cuius".

Puffendorf rejeitou esta análise: o testamento não poderia resultar do direito de propriedade, pois aquele produz efeitos para depois da morte, e a propriedade se extingue com a morte.

Leibniz ultrapassou esta dificuldade, invocando a imortalidade da alma: depois da morte persistiria a vontade do defunto que teria, no herdeiro, um mandatário.

Rousscau fazia ver, para fundar (com forte acento prático) a sucessão "mortis causa", que os herdeiros teriam contribuído para a formação do patrimônio familiar e que seria necessário evitar as desordens provocadas pelas mudanças contínuas no estado e nas fortunas dos cidadãos.

Tem sido com base em considerações semelhantes que o fenómeno sucessório tem sido fundamentado até hoje.

2.2 – O fundamento do quadro familiar do fenómeno sucessório

A sucessão legal – legítima ou legitimária – opera-se nos quadros de família: uma certa parte da herança é devolvida necessariamente a familiares mais próximos (descendentes, ascendentes e cônjuge sobrevivente); outra parte é entregue aos familiares mais próximos (os referidos anteriormente, mais os irmãos e os sobrinhos) na falta de disposição do "de cuius".

A sucessão dos familiares justifica-se pelo facto de a propriedade continuar a ser, ainda hoje, largamente familiar: usufruída (quando não constituída) pelo conjunto dos familiares mais próximos; que têm, assim, uma expectativa e recebê-la por morte do seu titular (formal). Sendo, aliás, os mais idóneos, em princípio, para a administração desses bens sem retomarem perturbações socialmente inconvenientes.

Trata-se de um ponto que não desenvolverei aqui, por dele tratar com certa frequência nas lições seguintes.

Bibliografia fundamental:

- E. Besta. *Le successioni nella storia del diritto italiano*, Padova, 1935; P.S. Leicht, *Storia del Diritto Italiano, Il Diritto Privato, Parte Seconda, Diritti reali e di successione*, Lezioni, Milano, 1960, p. 167 e segs.; Victor Tau Anzoategui, *Esquema histórico del derecho sucesorio, del medievo castellano al siglo XIX*, Buenos Aires, 1971; Alfonso García-Gallo, *El problema de la sucesión "mortis causa" en la Alta Edad Media española*, Madrid, 1959; P. Timbal, *Droit romain et ancien droit français. Régimes matrimoniaux, Successions*, Libéralités, Paris, 1975; O. Heggelbacher, *Von römischen zum christlichen Recht*, Freiburg, 1959; G. Vismara, *Storia dei patti successori*, Milano, 1941; M. Falco, *Le disposizioni pro anima. Fondamenti dottrinali e forme giuridiche*, Torino, 1911; Clovis Bevilacqua, *Direito das Sucessões*, Bahia, 1899.

XXXVI LIÇÃO

CONCEITO DE SUCESSÃO

INTRODUÇÃO

Esta lição visa situar o conceito de sucessão nos quadros da dogmática jurídica. Darei o conceito de sucessão «mortis causa» que se passará a utilizar na exposição subsequente. E estabelecerei a genealogia deste conceito, ainda profundamente enraizado no conceito romanista de sucessão. Sem esquecer as diferenças que existem entre a sucessão de direito romano e a sucessão «mortis causa» actual.

1 – A SUCESSÃO COMO AQUISIÇÃO DERIVADA TRANSLATIVA

1.1 – Conceito de sucessão

Sucessão, tomada no seu sentido mais lato, designa uma sequência temporal entre dois fenómenos – um dos quais se segue, «sucede», ao outro. Trata-se de um conceito demasiadamente vasto para ser científico. Com efeito, não se afirma sequer uma relação de causalidade entre os fenómenos – um sendo «causa» do outro – pelo que um dos factos pode ser totalmente estranho ao outro; não servindo, pois, para a sua compreensão.

Há que precisar o conceito.

De entre as suas precisões, há uma que nos interessa: a da sucessão de pessoas numa mesma relação jurídica. Esta sucessão é determinada por um facto jurídico (a transmissão do direito de propriedade, o falecimento do primeiro sujeito, a cessão da dívida, etc.), podendo, assim, estabelecer-se um nexo entre dois fenómenos – o desaparecimento de um sujeito e o sub-ingresso de outro.

Note-se que a manutenção da relação jurídica, apesar da alteração dos sujeitos, pressupõe uma certa concepção dessa relação jurídica; é necessário vê-la assente no direito subjectivo «objectivado», independente na sua essência da pessoa do seu titular. O que não impede que se aceite a existência de direitos incindíveis da pessoa concreta do seu titular, extinguindo-se no momento do abandono deste. Como se verá mais tarde.

1.2 – Aquisição derivada translativa

Descrevi, até agora, «a sucessão» de pessoas numa mesma relação jurídica. Mas a mesma realidade pode ser apercebida numa outra

perspectiva: a «aquisição» do direito por uma pessoa diversa do seu anterior titular.

Mrs, aqui, há a distinguir diversas espécies de aquisição, só uma das quais correspondente à «sucessão» descrita.

A aquisição derivada é a que se funda num direito (o mesmo ou mais amplo) do anterior titular, cuja existência pressupõe; a existência do direito e a sua extensão, dependem da existência e da extensão do direito do anterior titular («nemo plus iuris in alium transfere potest quam ipse habet»).

A aquisição originária não pré-existe qualquer direito, ou existindo um direito de um anterior titular, este não determina a existência e a extensão do direito adquirido; a existência e a extensão deste dependem só do facto aquisitivo.

Posso, desde já, situar a «sucessão» no âmbito da aquisição derivada: o direito do sucessor é medido pelo direito do seu antecessor.

Há que precisar qual das modalidades de aquisição derivada coincide com o conceito de sucessão.

Na aquisição derivada translativa, o direito adquirido é o mesmo direito que pertencia ao anterior titular e que se transmite, idêntico, para o novo titular.

Na aquisição derivada constitutiva, o direito adquirido não existia, enquanto tal, na esfera jurídica do anterior titular. Constitui-se à custa de um direito pré-existente (o usufruto adquirido constituiu-se à custa do direito de propriedade).

Por sua vez a aquisição derivada restitutiva pressupõe que o titular do direito de propriedade (plena) vê o seu direito completo com o desaparecimento de uma limitação, pela «restituição» do respectivo direito limitado.

A sucessão com o sentido que lhe atribuí, corresponde à aquisição derivada translativa. O direito do sucessor é o mesmo que pertencia ao anterior titular.

Não basta, porém, a qualificação da sucessão como aquisição derivada translativa. A sucessão que vai ser estudada é «moris causa». A morte do titular do direito é a causa da aquisição deste direito por outrem.

2 – «SUCESSÃO» E «AQUISIÇÃO»: COMPREENSÃO DA SUCESSÃO «MORTIS CAUSA» À LUZ DO CONCEITO ROMANISTA DE «SUCESSÃO». DISTINÇÃO ENTRE HERDEIRO E LEGATÁRIO

Acontece, porém, que os dois conceitos que tenho vindo a explicar – sucessão e aquisição derivada translativa – e que fiz coincidir, embora representem a mesma realidade, abordam-na de perspectivas diferentes.

Na perspectiva da aquisição derivada translativa, o direito transfere-se da esfera jurídica de um sujeito para entrar na esfera jurídica de outro.

Na óptica da sucessão, é o próprio sujeito que se desloca, para vir ocupar numa relação jurídica a posição que pertencia a outrem.

A primeira perspectiva é a contemporânea; a segunda, vinda do Direito Romano, influenciou o Direito, especialmente o Direito das Sucessões, até hoje. Esta dicotomia é útil, ainda nos nossos dias, para esclarecer a distinção entre herdeiro e legatário.

2.1 – O conceito romano de sucessão («moris causa»)

A família romana era, como o é hoje a família, assente em laços de parentesco ou conjugais. Contudo, não era, ao contrário do que acontece hoje, moldada estrita e necessariamente por estes. A família «natural» nada mais era do que uma componente, embora determinante, de uma organização política de base da sociedade romana, que era a família (em sentido jurídico e em sentido político). Não se tratava de um espaço ocupado por laços de afecto e de cooperação, mas de uma organização hierárquica de pessoas, servindo também fins

O legislador ficou, assim, estreitamente ligado à herança romana. Mais, aliás, do que o artigo 2024.º, pode levar a querer.

Com efeito, os herdeiros estão vinculados a um certo número de direitos e deveres de carácter não patrimonial, cujo núcleo essencial é constituído pela defesa dos direitos da personalidade do falecido. Deverão ser, assim, os herdeiros, a defender o direito do falecido ao seu bom nome, à sua integridade física, o seu direito à sepultura, etc., como se verá mais tarde; continuando (ou representando) a pessoa do falecido.

2.2 – Critério legal da distinção entre herdeiro e legatário

O artigo 2030.º, no seu número 2, dá a noção de herdeiro e de legatário: «diz-se herdeiro o que sucede na totalidade ou numa quota do património do falecido e legatário o que sucede em bens ou valores determinados».

O critério da distinção está, assim, na indeterminação (herdeiro) ou a determinação (legatário) dos bens deixados.

Precisando as noções, verifica-se que a «quota» de herdeiro é uma quota ideal ou abstracta (fracção aritmética) da herança, podendo compreender bens ou valores determinados por exclusão.

Assim, a deixa testamentária de um terço da herança representará a instituição de um herdeiro; a deixa de todos os bens com excepção das quintas, também será herança; enquanto que a deixa de «todas as casas» do «usufruto» da quinta situada em Monção, da biblioteca, etc., traduzirá legado.

O legatário é um sucessor a título singular ou particular; enquanto que o herdeiro é um sucessor a título universal. O legatário só sucede nos bens para que foi chamado; o herdeiro sucede nos bens para que foi chamado e em quaisquer outros que se venham a encontrar sem titular. O seu chamamento é, «em potência», da totalidade da herança, estando limitado, «em acto», pelos direitos dos legatários, de outros co-herdeiros.

Remontando na história, diria que a figura do herdeiro moderno se inspira na figura do herdeiro romano; o herdeiro continua a ser alguém que vem ocupar a posição jurídica do «de cuius» quanto ao conjunto (mais ou menos comprimido) das suas relações jurídicas (direitos, obrigações, e mesmo situações jurídicas de carácter não patrimonial).

públicos, e dominada por um chefe, o «pater familias». O «pater» dispunha de amplos poderes sobre o património do agregado familiar, que era fundamentalmente o seu património, e sobre as pessoas dos membros da família, chegando a ter a faculdade, durante a maior parte do período de vigência do Direito Romano, de dispor da vida daquelas. Assim, a sucessão nos poderes de «pater familias», não era a sucessão «natural» do parente mais próximo, mas, antes, a nomeação de um novo dominante do grupo familiar. A ponto de o novo «pater» não estar necessariamente vinculado pelo sangue aos membros da sua nova família. Havia alguém que vinha ocupar a posição jurídica do anterior «pater familias», não só nos seus aspectos pessoais, como na sua vertente patrimonial. Existia, repito, uma substituição de pessoas na titularidade de um conjunto de relações jurídicas.

Era esta, nas suas linhas essenciais, a concepção romana de sucessão «mortis causa».

Esta concepção veio influenciar profundamente o Direito de todas as épocas até hoje, sendo ainda determinante, no Direito actual, do conceito de herdeiro. O herdeiro, como veremos imediatamente a seguir, é alguém que é chamado a subentrar na titularidade de um conjunto de relações jurídicas que pertenciam ao falecido. Enquanto que, contrariamente, o legatário é alguém que recebe uma, ou umas certas relações jurídicas que pertenciam ao falecido.

Portanto: enquanto que o herdeiro é chamado a ocupar posição jurídica do falecido; o legatário, figura distinta, mantém-se estático, entrando na sua esfera as relações jurídicas a que ele é chamado a suceder.

2.1.1 – O critério legal da sucessão «mortis causa»

O Código Civil, no seu artigo 2024.º, consagra a perspectiva da sucessão por morte, como «sucessão» (e não como aquisição derivada translativa): «diz-se sucessão o chamamento de uma ou mais pessoas à titularidade das relações jurídicas patrimoniais de uma pessoa falecida e a consequente devolução dos bens que a esta pertenciam». A característica da sucessão não estará, pois, na transferência dos direitos de uma pessoa para outra, mas no chamamento de uma pessoa à titularidade das relações jurídicas patrimoniais que pertenciam a outrem.

O herdeiro é um «sucessor», o único sucessor no sentido romano da expressão.

Enquanto que o legatário, como qualquer «adquirente», só recebe bens determinados.

Na «herança», há uma sucessão de sujeitos; no legado, uma transmissão de bens.

Bibliografia fundamental:

José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Sucessões*, Lisboa, 1989, pág. 259 a 296; Inocêncio Galvão Telles, *Direito das Sucessões, Noções Fundamentais*, Lisboa, 1971, pág. 23 a 56 e 141 a 224.

XXXVII LIÇÃO

AS VÁRIAS ESPÉCIES DE SUCESSÃO POR MORTE:
SUCESSÃO LEGÍTIMA; SUCESSÃO LEGITIMÁRIA;
SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA;
SUCESSÃO CONTRATUAL.
AS FONTES DO DIREITO DAS SUCESSÕES

INTRODUÇÃO

A presente lição, ao enunciar e definir as várias espécies de sucessão por morte, vem completar, especificando, o conceito de sucessão enunciado na lição precedente.

Visa também indicar as diversas fontes do Direito das Sucessões, não descurando as fontes não civis, de muita importância nesta matéria.

I – AS VÁRIAS ESPÉCIES DE SUCESSÕES POR MORTE

1.1 – Descrição sumária das espécies de sucessão por morte

A sucessão por morte divide-se em duas grandes modalidades: legal e voluntária. A sucessão legal é a que decorre da lei; a sucessão voluntária é a que se baseia num negócio jurídico (artigos 2026.º e seguintes do Código Civil).

A sucessão legal pode ser legítima e legítimária. E a sucessão voluntária será testamentária ou contratual.

A sucessão testamentária tem como fonte o testamento, negócio jurídico unilateral.

A sucessão contratual tem como base um contrato, um pacto pelo qual se destina a sucessão de uma pessoa viva (sem prejuízo das normas da sucessão legítimária).

A sucessão legítimária decorre da lei, que determina a transmissão de uma quota da herança do «de cujus» para certos parentes próximos (descendentes, cônjuge e ascendentes), quota de que o autor da sucessão não pode dispor.

Não havendo herdeiros legítimários ou, havendo-os, até ao limite da quota de que o autor da sucessão podia dispor - mas de que não dispôs, ou dispôs invalidamente - abre-se a sucessão legítima. Os bens são devolvidos a certos parentes, aqui incluídos os herdeiros legítimários, mas que se estendem para além destes.

As sucessões legítima, legítimária e testamentária, que são as de maior importância prática (embora diversa), serão objecto de análise mais aprofundada no decorso das lições subsequentes.

A sucessão contratual, de muito reduzida importância prática, far-se-á tão só uma breve referência, que se segue, sem desenvolvi-
mentos posteriores.

1.1.1 – Sucessão contratual

Há sucessão contratual (artigo 2028.º do Código Civil) quando, por contrato, alguém renuncia à sucessão de pessoa viva, ou dispõe da sua própria sucessão ou da sucessão de terceiro ainda não aberta.

Estes contratos sucessórios só são admitidos nos casos previstos na lei, sendo nulos os demais (artigo 2028.º, 2). Não é, porém, havido por sucessório o contrato pelo qual alguém faz doação entre vivos, com ou sem reserva de usufruto, de todos os seus bens ou de parte deles, a algum ou alguns dos presumidos herdeiros legítimos, com o consentimento dos outros, e os donatários pagam ou se obrigam a pagar a estes o valor das partes que proporcionalmente lhes tocam nos bens doados. Se sobrevier, ou se tornar conhecido, outro presumido herdeiro legítimo, pode este exigir que lhe seja composta em dinheiro a parte correspondente (artigo 2029.º, 1 e 2).

A permissão deste artigo, aliás tradicional no direito português, tem sido utilizada para evitar o fracionamento da já pequena propriedade rural, em diversas regiões do Norte do país. Os pais doam os bens imóveis ao filho mais velho, que se obriga a «compôr» a legítima dos irmãos e das irmãs mais novos em dinheiro. Dinheiro que, aliás, é normalmente pertença dos pais. Esta compensação monetária representa uma espécie de dote para as filhas e um auxílio ao estabelecimento profissional dos filhos no comércio ou no artesanato, ou a custear as suas despesas com a emigração. É um uso particularmente nocivo para as filhas casadas que vêem a sua legítima, em dinheiro, dissolver-se nos bens comuns do casal.

A proibição dos pactos sucessórios visa evitar que o «de cuius» se prive da sua liberdade de dispor dos bens até ao último momento da sua vida. Com efeito, enquanto o testamento, negócio jurídico unilateral, é livremente revogável, os pactos sucessórios como contratos, são irrevogáveis.

Há, todavia, alguns casos em que a lei permite os pactos sucessórios.

Trata-se da doação «mortis causa» entre esposados e de terceiros aos esposados, doação que pode ser de bens certos e determinados ou de parte ou da totalidade da herança (artigo 1701.º); tratando-se, no primeiro caso, de instituição de legatário e, no segundo, de instituição de herdeiro.

No caso de instituição de herdeiro, o doador deixa de poder dispor dos bens doados «mortis causa», a título gratuito, seja «inter vivos» seja «mortis causa». Embora possa dispor deles a título honoroso. Trata-se, como veremos, de um quadro jurídico semelhante ao do herdeiro legítimo.

No caso de doação de bens presentes certos e determinados, a limitação dos poderes do doador é ainda maior. O doador deixa de poder alienar os bens doados, entre vivos ou para depois da morte, a título gratuito ou oneroso. A não ser que a alienação a título oneroso se baseie em grave necessidade, própria do devedor ou dos membros de família a seu cargo, e o donatário autorize, por escrito, essa alienação; ou tal autorização seja suprida judicialmente. E, nesta hipótese, o donatário concorrerá à sucessão do doador, como legatário do valor que os bens doados teriam ao tempo da morte deste, devendo ser pago com preferência a todos os demais legatários do doador (artigo 1701.º, 3).

Ainda existe outro caso de pacto sucessório, legalmente permitido.

O artigo 1700.º, 1, alínea b), prevê a instituição de herdeiro ou a nomeação de legatário em favor de terceiro feito por qualquer dos esposados na convenção ante-nupcial.

Se a disposição for feita em favor de pessoas indeterminadas, ou em favor de pessoa certa e determinada que não intervenha no acto como aceitante (artigo 1704.º), a disposição tem valor de testamento; se a disposição for realizada a favor de pessoa certa e determinada que intervenha como aceitante na convenção ante-nupcial (artigo 1705.º), o negócio em que ela se integra tem carácter contratual.

Os pactos sucessórios são hoje aceites só com vista a favorecer o matrimónio. Parentes dos cônjuges – ou o cônjuge mais abastado – garantem aos cônjuges, ou a pessoa ligada a estes (a mãe de um deles, por exemplo), os meios de subsistência, ou de uma vida mais confortável.

A maior independência económica dos cônjuges, entre si e em relação às respectivas famílias, assente sobretudo na capacidade de cada um de viver do seu trabalho – e, através deste, sustentar os seus parentes mais próximos – tem levado à perda de significado dos pactos sucessórios. Hoje, em largo desuso.

1.2 – A família como modelo da sucessão por morte

A família é o quadro normal da devolução sucessória.

Primeiro, porque a sucessão legal, legitimária ou legítima, é uma sucessão familiar: os bens são devolvidos aos familiares mais próximos segundo uma certa ordem.

Depois, porque a sucessão legal é a mais importante na prática. Uma parte importante dos bens, que pode chegar a dois terços, pertence, «legitimamente» a certos parentes mais próximos: cônjuges ascendentes e descendentes. O autor da sucessão não pode dispor destes bens, a título gratuito, entre vivos ou por morte, em prejuízo destes herdeiros «necessários».

Além disso, a sucessão testamentária é na prática de reduzido relevo, mesmo no âmbito, ele mesmo estreito, em que a lei a permite. A generalidade das pessoas limita-se a aceitar as regras de funcionamento da sucessão legal.

O fenómeno sucessório nos quadros da família é, portanto, bem aceite hoje pela sociedade portuguesa. Caberá contudo perguntar se não se nota hoje uma evolução social que poderá levar a curto prazo a alterar tais normas jurídicas.

Com efeito, a justificação mais correcta para a devolução sucessória «familiar» parece ser a seguinte: certos parentes próximos (sobre tudo os filhos) que, durante toda a vida do autor da sucessão usufruíram do património deste, em termos de o património ser mais familiar do que pessoal, têm uma expectativa legítima a que esta fruição não se extinga por morte do titular jurídico dos bens, sendo-lhes estes devolvidos. Esta expectativa tem parecido digna de tutela social, tendo vindo a ser sucessivamente consagrada em todas as legislações, tanto em Portugal como nos países mais próximos, em termos de sucessão necessária de certos parentes próximos. Por outro lado, é sem dúvida, esta devolução a parentes mais próximos a que corresponderá melhor à vontade do autor da sucessão.

Com a devolução sumária nestes termos, evitam-se discontinuidades na administração dos bens, por estes passarem para a titularidade das pessoas a eles mais ligadas.

Contudo, hoje, este estado de coisas tem vindo a alterar-se. Por um lado, os filhos saem mais cedo de casa dos pais, mantendo contactos mais reduzidos com estes, em termos de a fruição que têm dos

bens dos pais (familiares) ser uma fruição mais curta no tempo e menos intensa. Por outro lado o próprio espaçamento das relações entre pais e filhos, o afrouxamento dos vínculos familiares, e as crises em tais relações que daqui derivam, levam a perguntar se, ainda hoje, há um real fundamento para a sucessão necessária. Será que ainda é socialmente legítima, digna de protecção, a expectativa de filhos que há muito não contactam com os pais, ou que só contactam de quando em vez?; que com eles têm reduzida comunhão espiritual, e muitas vezes nem sequer assistência material, lhes prestam ou recebem? Quando os filhos viviam longo tempo com os pais, muitas vezes em economia comum, ou pelo menos mantendo estreitas relações, privá-los do património dos pais parecia uma violência. Sobre tudo porque os filhos contavam com esse património para a sua subsistência. Hoje, em que, na maioria das vezes, escassos laços económicos há entre pais e filhos maiores, e em que os filhos não contam normalmente com o património dos pais para a sua subsistência, por viverem do seu trabalho, e por a expectativa sucessória ser em idade já avançada dos filhos, as necessidades a tutelar por parte dos filhos e outros parentes próximos são seguramente mais fracas.

A filiação, hoje, pode e deve valer educação, no duplo sentido moral e material do termo. Mas é muito duvidoso que ainda deva valer herança.

Propendo, assim, no sentido da plena liberdade de testar do titular dos bens. De modo a que este possa considerar livremente o peso das relações que tem com cada um dos membros da sua família. Liberdade que só deve ser temperada por situações de extrema necessidade dos parentes próximos.

Bibliografia fundamental:

Guilherme Braga da Cruz. «Os pactos sucessórios na história do Direito Português», *R.F.D.S.P.*, Lx. 1965; José de Oliveira Ascensão, *ob. cit.*, págs. 105 a 112.

2 – FONTES DO DIREITO DAS SUCESSÕES

2.1 – Fontes de Direito Civil

O Código Civil é a principal fonte do Direito das Sucessões. O seu livro V, que vai do artigo 2024.º ao artigo 2334.º, ocupa-se precisamente desta matéria.

Será o Código Civil que constituirá a base fundamental, se não exclusiva, das lições que se seguem.

2.2 – Fontes «não civis»

A importância das fontes não civis do Direito das Sucessões tem vindo a aumentar no decurso dos últimos anos, por razões que já tive oportunidade de descrever.

Numerosas normas do Código do Processo Civil são do maior interesse instrumental para o Direito das Sucessões.

O imposto sobre as sucessões, vem incidir sobre o valor das transmissões «mortis causa». O que deve ser levado em conta, não só para a consistência económica do direito do sucessor, como também para analisar os circuitos sucessórios que podem revestir formas diferentes, ou até destinatários diversos, daqueles que existiriam se não fosse o extremamente pesado imposto sucessório.

Assim, é prática comum constituírem-se sociedades, transformarem-se bens imóveis em ações ao portador, fazerem-se doações entre vivos em vez de transmissões «mortis causa», etc., com o fim de se diminuir a carga tributária sobre as sucessões.

No Direito da Segurança Social, numerosas normas, prevêm atribuições patrimoniais relacionadas com o falecimento de um contribuinte.

XXXVIII LIÇÃO

A MORTE COMO PRESSUPOSTO DA SUCESSÃO

INTRODUÇÃO

A morte constitui o pressuposto da sucessão, como facto jurídico que, estando no início do processo sucessório, ainda lhe é anterior. Pois o primeiro momento do processo sucessório é a abertura da sucessão subsequente à morte.

A presente lição ocupar-se-á da noção de morte como facto natural e como facto jurídico, da sua prova, e dos problemas levantados pela comoriência, ou seja pelo facto de duas pessoas, uma presumível herdeira da outra, morrerem «no mesmo momento».

1 – A MORTE

1.1 – Noção de morte: como facto natural; como facto jurídico

A sucessão «mortis causa» é determinada pela morte titular das relações jurídicas a serem «transmitidas».

A morte é, assim, a causa do fenómeno sucessório; como causa, é-lhes estranha, por anterior a este, que só se inicia depois (no instante imediato) dela.

A morte «jurídica», é, antes de mais, e sempre, um facto natural: é a morte biológica.

A morte, como facto jurídico determinante do fenómeno sucessório, é um facto jurídico involuntário, constitutivo, modificativo ou extintivo.

Involuntário, por a vontade humana, mesmo que tenha intervido, ser irrelevante para a morte como facto jurídico determinante do fenómeno sucessório (embora a circunstância de a morte do autor da sucessão ter sido causada por vontade ou facto de terceiro poder influir em alguns aspectos do fenómeno sucessório: incapacidade sucessória do autor do acto perante o «de cuius»; ordem especial de sucessíveis para a indemnização do dano da morte; etc.).

É um facto constitutivo, por a morte poder constituir relações jurídicas novas: indemnização pelo dano da morte; direito de exigir o pagamento do capital segurado contratado pelo «de cuius» a favor de outrem; etc..

Facto modificativo, por a morte modificar subjectivamente as relações jurídicas do falecido susceptíveis de se transmitirem por morte, fazendo com que outrem assumia a sua titularidade.

Facto extintivo, por a morte extinguir, para a generalidade dos efeitos, a personalidade jurídica do finado, bem como as relações juri-

dicas que não devam sobreviver à pessoa do falecido (o poder paternal, o direito de usufruto, etc.).

Como mais tarde se referirá, mais desenvolvidamente, que, com a morte, a personalidade jurídica, embora «devesse» extinguir-se completamente (a personalidade jurídica deve corresponder temporalmente à existência biológica concepção/morte) é necessário, para certos efeitos (indenização do dano da morte, defesa dos direitos de personalidade «ante» e «post-morte», etc.) entender que a personalidade jurídica se mantém depois da morte na medida necessária para servir de suporte a esses interesses.

1.2 – A morte como determinante da abertura da sucessão. Sucessão das pessoas colectivas

O primeiro momento do fenómeno sucessório é a abertura da sucessão. As relações jurídicas transmissíveis «mortis causa», de que alguém era titular, desprendem-se da pessoa do «de cuius», com a morte deste; e inicia-se o processo da sua transmissão para outrem. A morte, determinando a abertura da sucessão, primeiro momento do processo sucessório, é anterior a este, é seu pressuposto.

1.2.1 – Sucessão das pessoas colectivas

As pessoas colectivas (associações, fundações, sociedades, etc.) se não morrem, extinguem-se. Há, portanto, que dar um destino ao seu património. Surgem aqui problemas jurídicos a resolver em termos análogos aos da sucessão «mortis causa» das pessoas singulares.

Se os estatutos de uma associação forem omissos quanto ao destino dos seus bens após a extinção, podem os associados, dentro dos limites do objecto da associação, fixar o seu destino.

No artigo 166.º do Código Civil vem enunciado o princípio geral quanto ao destino dos bens das pessoas colectivas no caso de estas se extinguírem e não ter havido deliberação quanto ao destino dos seus bens.

Assim, se existem no património da associação ou fundação bens que lhe tenham sido deixados ou doados com certos fins, tais bens

devem ser entregues com o mesmo encargo ou afectação a outra pessoa colectiva, que prossiga fins idênticos.

Se não se verificam os pressupostos do encargo ou da finalidade os bens serão atribuídos a outra pessoa colectiva ou ao Estado, devendo, tanto quanto possível, assegurar-se que esses bens continuam afectados aos fins da pessoa extinta.

rida, pelo Ministério Público ou por qualquer dos interessados referidos no artigo 100.º do Código Civil a curadoria definitiva (artigos 99.º a 113.º do Código Civil e 1 103.º e seguintes do Código de Processo Civil).

Os bens são entregues aos que viriam a recebê-los no caso de morte do ausente, ficando a administrá-los em termos semelhantes aos do curador provisório.

Os bens são partilhados, e os legatários, bem como todos aqueles que, por morte do ausente, teriam direito a bens determinados, podem requerer que estes lhes sejam entregues independentemente de partilha (artigo 102.º do Código Civil).

Decorridos dez anos sobre a data das últimas notícias, ou cinco anos se o ausente entretanto tiver completado oitenta anos de idade, as pessoas mencionadas no artigo 100.º podem requerer a declaração de morte presumida (artigo 114.º). Esta declaração produz os mesmos efeitos jurídicos da morte: abre a sucessão e permite ao outro cônjuge contrair novo matrimónio (artigo 116.º).

Note-se, porém, que, no caso de o ausente regressar ou haver notícias dele, o chamamento dos sucessores se resolve, embora só «ex nunc», sendo devolvido ao (ex) ausente apenas o património no estado em que se encontrar, com o preço dos bens alienados ou com os bens directamente sub-rogados, e, bem assim, com os bens adquiridos mediante o preço dos alienados, quando no título de aquisição se declarar expressamente a proveniência do dinheiro (artigo 119.º).

2.2 – Comoriência

A prova do momento da morte interessa para determinar a ordem dos sucessores. Com efeito, para que alguém seja chamado a sucessão, é preciso que exista no momento da morte do «de cuius», que o seu falecimento seja posterior ao deste. Se isto não suceder, serão chamadas outras pessoas, que ocupem na ordem da sucessão o lugar imediato ao dele para sucederem em vez dele.

Portanto, haverá que provar a morte do «de cuius», para que se abra a sucessão; e o momento da morte, para se determinar a ordem dos sucessores.

Normalmente, não só é possível fixar o momento da morte, como é fácil provar que este momento é anterior ao do falecimento dos seus sucessíveis: que estes existiam ainda neste momento.

2 – PROVA DA MORTE

Aquele que quiser suceder a outrem, deve provar a morte deste.

A morte prova-se, em princípio, por uma certidão do registo de óbito (artigo 245.º e seguintes e 200.º e seguintes do Código do Registo Civil).

Se o cadáver não fôr encontrado, mas se verificarem circunstâncias que assegurem o falecimento da pessoa, esta considera-se falecida (artigo 68.º, 3, do Código Civil), devendo o Ministério Público promover, através da Conservatória do Registo Civil competente, a justificação judicial do óbito (Código do Registo Civil, artigo 207.º), de cujo assento se extrairá a necessária certidão de óbito.

Pode suceder, porém que não seja possível provar, nos termos indicados, a morte por o presumido falecido estar ausente; ou que não seja possível provar o momento da morte.

2.1 – Morte presumida

A morte pode presumir-se com base numa ausência revestida de certas características.

Quando alguém se ausenta sem dar notícias, o primeiro interesse a acutelar é o patrimonial do próprio ausente (e indirectamente dos seus herdeiros presumidos e credores) na administração dos seus bens. Com este fim, institui-se-á uma curadoria provisória (artigos 89.º a 98.º do Código Civil e 1451.º e seguintes do Código de Processo Civil), requerida pelo Ministério Público ou qualquer interessado.

O curador provisório praticará só actos de administração ordinária (artigo 94.º do Código Civil).

Decorridos dois anos sobre as últimas notícias, ou cinco se o ausente tiver deixado representante legal ou procurador, pode ser requ-

Acontecerá, porém, tal prova da ordem dos falecimentos ser difícil; o autor da sucessão e o sucessível morreram, no mesmo desastre: o pai e o filho seguiam no mesmo avião que explodiu no ar, não tendo sido possível determinar o momento preciso das mortes; terá morrido antes o pai ou o filho? A resposta a esta pergunta é decisiva para efeitos de Direitos sucessórios. Se o pai morreu primeiro, o filho é chamado a suceder e, depois de sua morte (mesmo que esta se tenha verificado segundos depois) são chamados a suceder-lhe os seus herdeiros (por exemplo, os seus filhos). Agora, se o filho morreu antes do pai, já não será chamado a suceder a este.

Quando duas pessoas morrem ao «mesmo tempo», e interessa provar a ordem dos falecimentos, a norma geral é a de que a prova do momento da morte se faça por qualquer meio, sendo utilizado mesmo presunções de facto (um dos falecidos era muito mais resistente fisicamente do que o outro) para formar a convicção do juiz.

Se não se fizer prova, então a lei presume a morte simultânea (artigo 68.º, 2). Presumindo-se que o autor da herança e os seus herdeiros ou legatários faleceram ao mesmo tempo, daqui deriva a consequência de que, entre eles, não haverá transmissão de herança ou legado; pois, a sucessão implica a pré-morte do autor da sucessão.

Assim, no caso de morte simultânea do pai e do filho, a herança do pai será deferida aos seus herdeiros (com a exclusão do filho morto simultaneamente) e a do filho também aos seus herdeiros, com exclusão do pai.

Ou seja: a solução legal leva à mesma consequência do que se presumisse a pré-morte do sucessor em relação ao «de cuius».

Bibliografia fundamental:

Pereira Coelho, *Direito das Sucessões*, cit., págs. 3 a 24.

XXXIX LIÇÃO

O PROCESSO SUCESÓRIO

INTRODUÇÃO

Passo a expôr as fases do processo sucessório, ou seja, o conjunto de actos, e a sua sequência, necessários para que alguém subingresse na titularidade de relações jurídicas que pertenciam a outrem, falecido.

Referirei a abertura da sucessão, a vocação sucessória, a devolução sucessória, a herança jacente e a sua administração, a aquisição da herança, e a sua partilha.

1 - DESCRIÇÃO DAS DIVERSAS FASES DO PROCESSO SUCESSÓRIO

O processo sucessório - conjunto de actos e de factos necessários para que alguém adquira as posições jurídicas que pertenciam a outrem, falecido - compreende um certo número de momentos: abertura da sucessão; vocação sucessória; devolução sucessória; herança jacente e sua administração; aquisição da herança; partilha da herança.

Para além destes momentos, que são necessários (embora a partilha da herança só seja necessária se houver mais de um herdeiro) há outros meramente eventuais: a petição da herança e a alienação da herança.

Vamos descrever sumariamente os momentos necessários, indicando, dentro de cada um deles, os principais problemas que se levantam e os institutos criados para os regulamentar.

Note-se que tais momentos, que parecem bem distintos, na prática decorrem indistintamente, como que amalgamados. Na hipótese mais corrente, que é a dos filhos sucederem aos pais, a transição na titularidade dos bens é quase insensível: os filhos passam a administrar os bens da herança (amalgamando a abertura da sucessão, a vocação, a administração da herança e a devolução sucessória) partilhando-os seguidamente.

Mas é precisamente esta tranquila normalidade que o Direito das Sucessões pretende.

A anormalidade de relações jurídicas ficarem sem um dos sujeitos, deve ser reparada o mais breve e suavemente possível, através do aparecimento imediato dos sucessores.

Também no âmbito da vocação, assume muita importância prática o direito de acrescer que, em regra geral, se pode definir como o direito que assiste a cada um dos herdeiros, instituído com outros na totalidade ou numa quota dos bens, de ver acrescentada à sua parte a dos outros herdeiros que não tinham querido ou podido aceitar.

A fase seguinte é a da devolução sucessória: vão entregar-se aos sucessores certos direitos do «de cuius».

A questão a resolver é a de saber que direitos vão ser transmitidos. Em princípio, só os direitos de carácter patrimonial que não devam extinguir-se por morte do seu titular.

O principal problema nesta matéria é o do momento do nascimento do direito de indemnização pelo dano da morte e da sua titularidade. Se entendermos que o direito à indemnização surge, depois da morte do lesado, na esfera jurídica de certos parentes próximos, então o instituto é de Direito das Obrigações. Agora, se decidirmos que nasce, antes ou depois da morte do lesado, na esfera jurídica deste, transmitindo-se sucessoriamente para certos parentes próximos, então trata-se de matéria de Direito das Sucessões.

Diz-se jacente a herança aberta, mas ainda não aceite ou declarada vaga para o Estado. Herança que é preciso administrar na falta de um titular que o faça.

A herança é, seguidamente, aceite ou repudiada pelo chamado. Aceitação expressa ou tácita, pura e simples ou em benefício de inventário.

Se há só um herdeiro, e a herança não tem encargos que a onerem, o processo sucessório completa-se com a aceitação.

Se há encargos, estes têm que ser liquidados (dívidas do «de cuius», despesas com o funeral e sufrágios, encargos com a testamentaria, administração e liquidação do património, e legados).

Se há mais do que um herdeiro, procede-se à partilha da herança, judicial ou extrajudicialmente.

Em matéria de partilha, assume particular relevo o instituto da colação.

A colação é a restituição que, para igualação da partilha, os descendentes que queiram entrar na sucessão do ascendente devem fazer à massa da herança, dos bens ou valores que lhes tenham sido doados pelo ascendente.

Nesta matéria, merece especial atenção o problema da sujeição à colação das doações feitas por um cônjuge ao outro.

2 - ANÁLISE DOS MOMENTOS NECESSÁRIOS DO PROCESSO SUCESSÓRIO

A abertura da sucessão, imediatamente seguinte à morte do «de cuius», é o primeiro momento do processo sucessório.

As relações jurídicas desligam-se da pessoa do «de cuius», dispendo-se a serem adquiridas por outrem.

Seguidamente, surge a vocação sucessória. Da lista dos sucessíveis designados para suceder potencialmente ao «de cuius», são chamados aqueles que se encontrem em melhor posição.

O conteúdo de vocação sucessória é o direito de aceitar (ou repudiar) a herança.

Para que alguém seja chamado a suceder a outrem, é necessário que se verifiquem alguns pressupostos: prevalência da designação sucessória e capacidade sucessória.

A existência do chamado é um pressuposto «prévio»: a prevalência de designação sucessória e a capacidade só são avaliadas em relação a pessoa existente.

É, precisamente, quanto à existência do chamado que se encontram os maiores debates.

É discutido o problema de saber se a vocação dos conceptuos e dos nascituros é um chamamento de pessoas existentes ou não existentes; e, uma vez resolvido este problema, como construir essa vocação.

Instituto de grande interesse teórico e prático no âmbito da vocação, é o direito de representação: a lei chama os descendentes de um herdeiro ou legatário a ocupar a posição daquele que não pôde ou não quis aceitar a herança ou o legado.

Instituto que há que distinguir da transmissão do direito de aceitar ou de repudiar a herança ou o legado, que se verifica quando o chamado faleceu sem ter exercido o seu direito de aceitar ou repudiar a herança ou o legado.

Terminam aqui as fases do processo sucessório. Aplicáveis a qualquer tipo de sucessão.

Haverá também que levar em conta as normas especiais para os diversos tipos de sucessão.

Assim, na sucessão legítima e legítima deverá atentar-se na ordem dos sucessíveis e nos princípios que a regem.

A situação sucessória do cônjuge sobrevivente tem sido controversa. Põe em causa a lógica do estatuto patrimonial da família (regime de bens/sucessão «mortis causa»), permite os casamentos por interesse («sucessório»), prejudica pouco aceitavelmente os filhos; e pode acrescer a carga fiscal sobre a família.

O cálculo da legítima, operação chave na sucessão legítima, passa por cinco operações: avaliação dos bens deixados; dedução das dívidas da herança; restituição fictícia dos bens doados e das despesas sujeitas a colação; cálculo da legítima geral e da legítima individual; imputação das liberalidades feitas por conta da legítima.

Para proteger a legítima, o princípio da intangibilidade da legítima proíbe o testador de lhe impor encargos ou designar os bens que a devem preencher contra a vontade do herdeiro. A cautela sociniana vem permitir que os herdeiros legítimos transformem o legado de usufruto ou pensão vitalícia, realizado pelo «de cuius», em deixa de quota disponível, desonerando a legítima desses encargos. Necessita do acordo do herdeiro legítimo qualquer legado que lhe seja feito «por conta» ou «em substituição» da legítima.

O testamento é um negócio jurídico unilateral, não receptício, pessoal, individual, «mortis causa», formal e estranho ao comércio jurídico pelo qual o testador dispõe dos seus bens (embora possa aí planear outras declarações de vontade).

A interpretação do testamento obedece a normas especiais, bem como em matéria de capacidade há especialidades de relevo.

Os legados, a substituição testamentária e a fideicomissária, e a invalidade revogação e caducidade do testamento e disposições testamentárias também merecem algum relevo.

XL LIÇÃO

ABERTURA DA SUCESSÃO. VOCAÇÃO SUCESSÓRIA. DESIGNAÇÃO SUCESSÓRIA.

INTRODUÇÃO

Se o processo sucessório se abre com a morte, o seu primeiro momento é o da abertura da sucessão. A abertura da sucessão é o facto imediatamente seguinte à sua causa ou seja à morte.

Tratarei seguidamente do momento e do lugar da abertura da sucessão.

Seguir-se-á uma referência a dois momentos estreitamente ligados, a vocação e a designação sucessória. Sendo a designação sucessória, a indicação, antes da morte do «de cuius» do quadro dos sucessíveis; e a vocação sucessória a concretização da designação no chamado de um ou mais dos sucessíveis já designados.

I – ABERTURA DA SUCESSÃO

1.1 – Conceito de abertura da sucessão

O primeiro momento do processo sucessório é a abertura da sucessão (artigo 2031.º do Código Civil). As posições jurídicas de que o «de cuius» era titular (direitos e obrigações) vêm-se sem sujeito, dada a extinção da personalidade jurídica do seu titular. Um(a) extingue-se a quem se. As outras, as que são transmissíveis por morte, dispõem-se a ser adquiridas por outrem. Este outrem era um dos designados sucessórios, que vai, agora, ser chamado a suceder.

1.2 – Momento e lugar da abertura da sucessão

1.2.1 – *Momento da abertura da sucessão. Seu significado*

O artigo 2031.º do Código Civil diz que a sucessão se abre no momento da morte do seu autor, ou seja, no primeiro momento de ausência de vida.

Não é só a natureza que tem horror ao vácuo: também o direito pretende evitar os direitos vazios de sujeito.

Em Direito das Sucessões pretende-se evitar que os direitos, que ficaram sem sujeito pelo falecimento do seu titular, se mantenham nesta situação.

Referi que, na grande generalidade das situações da vida real, a transição de sujeitos se opera rápida e quase insensivelmente.

O direito acentua esta rápida transição, fazendo retroagir os diversos momentos do processo sucessório à abertura da sucessão. Assim, tudo se passa como se no momento da abertura da sucessão,

que é o primeiro momento em que os direitos ficam sem sujeito, apa-
recesse logo o novo titular desse direito; como se o sucessor, nesse
momento, tivesse sido chamado e tivesse aceitado simultaneamente.

É no momento da abertura da sucessão que a designação suces-
sória se fixa na vocação: o chamado a suceder é o titular da designa-
ção sucessória prevalecente no momento da abertura da sucessão.

A vocação é feita, em regra, no momento da abertura da suces-
são e, mesmo quando é subseqüente retroage àquele momento (artigo
2032.º do Código Civil).

Os efeitos da aceitação retroagem ao momento da abertura da
sucessão (artigo 2050.º, 2).

Para o cálculo da legítima, os bens são os existentes no patrimó-
nio do «de cuius» na data da sua morte; e o respectivo valor é o que
eles têm neste momento (artigo 2162.º, 1). Também o valor dos bens
doados, tanto para efeito de cálculo da legítima, como para efeitos de
colação, é o valor que eles tenham na data da abertura da sucessão
(artigo 2019.º, 1).

Finalmente, é de referir que a proibição dos pactos sucessórios
consiste na proibição de negociar uma sucessão não aberta. A partir da
abertura da sucessão, os sucessores podem negociar as suas partes.

1.2.2 – Lugar da abertura da sucessão

O artigo 2031.º determina que a sucessão se abra no lugar do
último domicílio do seu autor.

O domicílio é fixado pelo artigo 82.º do Código Civil.

A determinação do lugar da abertura da sucessão tem importân-
cia para múltiplos efeitos. Assim, o tribunal do lugar da abertura da
sucessão é o competente para o inventário e para a habilitação de uma
pessoa como sucessora de outra (Código de Processo Civil, artigo
77.º, 1; vd. também o artigo 77.º, 2); é no local da abertura da sucessão
que deve ser cumprido o legado em dinheiro ou coisa genérica que
não exista na herança (artigo 2270.º do Código Civil); etc..

2 – VOCACÃO E DESIGNAÇÃO SUCCESSÓRIAS

2.1 – Designação sucessória

Designação sucessória é a indicação, antes da morte do «de cuius»,
de um sucessível, pela lei ou por um facto jurídico de acordo com ela.

Os sucessíveis constam de um quadro, ordenado hierarquica-
mente segundo certos princípios.

É deste quadro que vão ser chamados, segundo a ordem nele
estabelecida, os sucessores do «de cuius». Ou seja, a designação con-
verte-se, verificados certos pressupostos, em vocação.

Converte-se em vocação a designação sucessória prevalecente no
momento da morte do «de cuius».

Quais são os critérios desta prevalência? da hierarquia estabele-
cida no quadro das designações sucessórias?

Em primeiro lugar, e dentro da sua legítima, estão os herdeiros
legitimários (cônjuge sobrevivente, descendentes e ascendentes); no qua-
dro dos herdeiros legitimários, sucedem primeiro os descendentes e o
cônjuge, depois este com os antecessores, e depois o cônjuge. E, den-
tro de cada um (classe), os de grau mais próximo.

Em segundo lugar estão os herdeiros ou (legatários) contratuais.
A designação contratual prevalece sobre a designação testamentária ante-
rior (artigo 2311.º e 2313.º) ou posterior (artigo 1701.º, 1). A designação
contratual não pode ofender a quota dos herdeiros legitimários.

Vêm, seguidamente, os herdeiros e legatários testamentários.
Finalmente, surgem os herdeiros legítimos, ordenados pelo ar-
tigo 2133.º.

A ordem dos sucessíveis é, até ao momento da morte do «de
cuius», naturalmente instável. O testamento pode ser alterado; o her-
deiro legitimário pode falecer; o cônjuge pode divorciar-se; etc..

A designação só se estabiliza no momento da morte do «de cuius», convertendo-se em vocação as designações prevalentes nesse momento.

2.2 – Vocação sucessória

A vocação sucessória é o chamamento à sucessão, no momento da morte do «de cuius», feita pela lei ou por força de negócio jurídico, do(s) titular(es) da designação sucessória prevalente. No caso de vocação de herdeiro, este é chamado a suceder na totalidade das relações jurídicas do «de cuius», ou numa quota alíquota destas; o legatário é chamado a suceder em relações jurídicas certas e determinadas.

2.2.1 – *Títulos da vocação sucessória*

Os títulos da vocação sucessória são a lei (sucessão legítima e sucessão legítima), o testamento (sucessão testamentária) e o contrato (sucessão contratual) – artigo 2026.º do Código Civil.

Podem ser chamadas diversas pessoas por títulos diversos – uma, por força da lei, outra, por efeito do testamento – e uma mesma pessoa pode ser chamada por diversos títulos.

Bibliografia fundamental:

Pereira Coelho, *ob. cit.*, p. 19 a 34; Oliveira Ascensão, *ob. cit.*, págs. 129 a 137.

XLI LIÇÃO

CONSISTÊNCIA DA DESIGNAÇÃO SUCESSÓRIA

INTRODUÇÃO

Cabe agora perguntar qual a consistência da designação sucessória: o designado para suceder terá, em vida do «de cuius», um direito sobre os bens, ou, pelo menos relativamente aos bens? Ou só uma expectativa tutelada juridicamente? Ou não mais do que uma mera expectativa de facto, uma possibilidade de vir a receber esses bens? A resposta depende do tipo de sucessão; será uma para a sucessão testamentária e para a sucessão legítima; outra, para a sucessão legítima.

Da sucessão contratual já nos ocupamos oportunamente.

I - SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA E SUCESSÃO LEGÍTIMA

No âmbito das sucessões testamentária e legítima, os designados não têm qualquer direito ou expectativa jurídica. Terão só uma expectativa de facto, uma esperança de virem a receber os bens. Esperança totalmente dependente da vontade do titular desses bens, que poderá iludir as esperanças dos herdeiros legítimos, fazendo um testamento, ou lograr as esperanças dos herdeiros testamentários, revogando ou modificando o testamento já feito.

A posição dos presumidos herdeiros legítimos e testamentários é desprovida de tutela jurídica ou quase.

Dizemos quase, pois há alguns vestígios de relevo jurídico da posição destes sucessíveis.

Já vimos que, no caso de ausência, e sendo instituída a procuradoria definitiva, os bens são entregues aos presumidos herdeiros e legatários, quer legítimos quer testamentários. Em qualquer caso simples designados, que são chamados à administração dos bens enquanto tais.

Também o curador provisório dos bens do ausente pode ser escolhido de entre os designados para lhe suceder.

momento da morte do «de cuius», quando os bens deixados não chegam para compor a legítima dos herdeiros legítimos. Bastará, nos termos da lei, a possibilidade de uma lesão futura, traduzida normalmente pelo facto de o negócio simulado comprometer a situação patrimonial do autor da sucessão, em termos de, naquele momento, a quota legítima ser afectada. Para que os herdeiros legítimos possam agir, será necessário provar-se, além disso, a consciência por parte do autor da sucessão, deste estado de coisas, e a vontade de com o negócio, prejudicar os herdeiros legítimos. O que não significa que esta intenção tenha sido o único motivo do negócio.

Este regime, implica uma, a meu ver intolerável, intromissão na esfera patrimonial de alguém, em nome de um interesse estranho. Não se entende, e não se acerta, que uma vaga expectativa sucessória possa trazer graves prejuízos ao «de cuius», quanto mais não seja através da arguição de simulações e de prejuízos imaginários por parte dos seus sucessíveis. Pode prejudicar gravemente a actividade patrimonial do proprietário dos bens e a consistência económica destes.

Se me parecem evanescentes, nos quadros da sociedade portuguesa de hoje, as razões fundamentantes da sucessão legítima, afirma-se-me intolerável que, antes da morte do «de cuius», os presumidos herdeiros legítimos possam intervir na administração que este faça dos seus bens.

A consistência e a importância económica da expectativa jurídica dos herdeiros legítimos tem vindo a diminuir.

Por um lado, o desenvolvimento da riqueza mobiliária, de mais fácil dissipação ou ocultação, vem esbater o controlo dos sucessíveis sobre o património do autor da sucessão; ao mesmo tempo que este sente mais a vontade para dispor livremente dos seus bens. A ligação dos familiares a esses bens, fundamento da sucessão legítima, também é menor, embora subscrita perante alguns dos bens imóveis — casa de morada de família, quinta de recreio ou de exploração, etc..

A importância crescente dos rendimentos do trabalho nas economias individuais e familiares, bem como o acréscimo de oportunidades de actividade lucrativa no campo empresarial e das profissões liberais, tornam as pessoas menos dependentes do que possam receber por herança.

Tanto mais que, com o alongamento da longevidade média, a devolução dos bens por sucessão é cada vez mais tardia, e se realiza

2 — SUCESSÃO LEGÍTIMA

Quanto aos designados legítimos, a lei já concede alguma tutela jurídica à sua expectativa de virem a herdar a sua quota legítima. Trata-se de um interesse protegido juridicamente, não em termos de um direito sobre os bens, ou em relação aos bens, mas de uma simples expectativa jurídica. Esta protecção revela-se preponderantemente, através do instituto da inoficiosidade das disposições feitas a título gratuito pelo «de cuius». Com efeito, os herdeiros legítimos têm a faculdade de revogar ou reduzir, depois da morte do «de cuius» as disposições gratuitas «mortis causa» ou entre vivos, que este tenha feito em prejuízo da sua legítima (artigo 2718.º).

Esta faculdade traduz uma importante limitação dos poderes de disposição dos seus bens por parte do respectivo titular. O direito atribuído ao donatário ou ao herdeiro e legatário testamentários está sempre sujeito a ser revogado ou limitado quanto ao seu objecto. Tudo dependerá de saber se, no momento da morte do «de cuius», o valor dos bens doados ou deixados afecta ou não a quota destinada aos herdeiros legítimos.

Para além desta tutela, outra existe, embora de muito menor relevo.

O artigo 242.º, 2 do Código Civil atribui aos herdeiros legítimos a faculdade de argüírem a nulidade dos negócios simulados celebrados pelo autor da sucessão, com o intuito de os prejudicar (ou, por extensão analógica, mantidos com esse intuito), podendo fazê-lo ainda em vida do «de cuius».

Note-se que a disposição legal em causa vem introduzir uma alteração importante quanto ao regime geral da simulação. Define um interesse em agir especial dos herdeiros legítimos. Interesse que não se funda numa lesão actual da posição do herdeiro legítimo; lesão que parece difícil de configurar, pois a lesão só é verificável no

em períodos em que perde muito do significado que teria em idades mais baixas – quando o herdeiro se casa, se instala profissionalmente, tem filhos, etc.. O período mais longo da vida económica das famílias – e o mais difícil – é vivido sem o apoio de qualquer herança ou legado. E, frequentes vezes sem o apoio do património «familiar».

O afrouxamento da textura dos laços familiares, mesmo entre pais e filhos, contribui para este processo. A saída dos filhos desde cedo, da casa dos pais; a instalação de um domicílio normalmente afastado da casa dos progenitores, ou mesmo noutra localidade; o afastamento que daqui deriva, levam a uma maior autonomia patrimonial de facto em relação aos familiares mais próximos e, portanto, ao diminuir da consistência das expectativas hereditárias.

É este circunstancialismo que permite perguntar como o fizemos se a própria figura de herdeiro legítimo (desconhecida, por exemplo, nos direitos de raiz anglo-saxónica), embora bem aceite pela sociedade portuguesa, não constitui um quadro demasiadamente rígido e em vias de ser ultrapassado, das relações patrimoniais entre os parentes mais próximos. Se não haveria, por exemplo, que diminuir o montante da legítima, eliminar o instituto da colação, e alargar muito as possibilidades de deserdação. De modo a permitir que as relações patrimoniais no interior da família se vão adaptando flexivelmente à realidade. Deixando as normas legais na matéria, de constituir, quantas vezes, grilhões constrangedores, que não vêm assegurar as relações afectivas entre os parentes mais próximos; mas que, em múltiplas situações, nada mais fazem do que agravar situações de crise.

Bibliografia fundamental:

Pereira Coelho, *ob. cit.*, págs. 34 a 35.

XLII LIÇÃO

PRESSUPOSTOS DA VOCAÇÃO

INTRODUÇÃO

Há que precisar os requisitos necessários para que o designado seja chamado. Requisitos que designo como pressupostos da vocação.

Os pressupostos são três: o chamado será o titular da designação sucessória prevalecente no momento da morte do «de cuius»; deve existir no momento da morte do autor da sucessão e ter capacidade sucessória em relação ao «de cuius».

Quanto ao requisito da existência, há que precisar o início e o termo da existência humana (suporte da personalidade jurídica). Neste quadro debater-se-á a natureza jurídica dos conceptuos e dos nascituros: vocação de pessoas (já existentes)?

Quando a vocação é subsequente aos pressupostos indicados há que acrescentar outro, variável conforme o caso: repúdio, incapacidade, etc., do chamado originário.

I – PREVALÊNCIA DA DESIGNAÇÃO SUCESSÓRIA

O pressuposto da prevalência da designação sucessória foi analisado anteriormente.

sala para outra», se quisessemos parafrasear a imperatriz Maria Teresa de Áustria, a propósito da morte). É, pois, necessário «acabar» com o nascimento.

As «normas» contidas na maioria das legislações que vinculam o início da personalidade ao nascimento, estão, portanto, naturalmente *gastas e ultrapassadas* (sobre este fenómeno ver F. Terré, *La crise de la loi*, A. Ph. Droit, 1980, páginas 67 e seguintes, e G. Burdeau, *Le depassement de la loi*, A. Ph. Droit, 1963, páginas 35 e seguintes).

O discurso para se atingir o conhecimento do início da personalidade jurídica tem, pois, de ser diverso.

Todas as grandes normas de ordenação social assentam no facto de que cada ser humano, ao reconhecer em si uma vida humana com valor infinito – que é a sua essência – reconhece em todos os outros «humanos», a mesma dignidade, refletindo-se esse reconhecimento em si mesmo com o consequente reforço da sua própria dignidade humana.

O problema que se põe é, pois, o de saber quando o ser humano reconhece o início da sua vida, logo da sua personalidade humana. Hoje, é difícil negar que esse reconhecimento da vida se opera a partir da concepção.

Como ser histórico, o homem reconhece-se um início, com a concepção, momento a partir do qual ele é referido, e se refere, como alguém já existente: é «ele» que está (estava) no ventre de sua mãe.

Reconhece, consequentemente, o mesmo início da «história» de qualquer outro ser humano da sua personalidade humana (biológica).

A partir daqui, é só dar um passo para determinar o início da personalidade jurídica.

Hoje, com as modernas técnicas de conhecimento da vida intra-uterina, é possível acompanhar a par e passo a vida do nascituro, conhecer os seus movimentos; as suas reacções a estímulos sonoros; ver a sua cabeça mover-se no sentido da voz do pai. «Fotografar» ecograficamente o seu rosto e dizer com quem é parecido. E os psicólogos afirmam-nos que a fase da vida intra-uterina é fundamental para o desenvolvimento psicológico do ser humano e descrevem-nos o inter-relacionamento do filho com a mãe. É possível ver o nascituro a defender-se, da morte que lhe vão dar e sentir o seu sofrimento como o de qualquer outro ser humano.

Pretender que o nascituro é algo de diferente de um ser humano, é recuar por uma época em que os conhecimentos de biologia eram

2 – EXISTÊNCIA E CAPACIDADE SUCESSÓRIA DO CHAMADO

2.1 – Existência do chamado: o chamado já há-de existir no momento da vocação: o início da personalidade jurídica

A concepção tradicional sobre o começo da personalidade humana – pessoa é todo o ser (humano) nascido vivo e viável – está dominada pela concepção aristotélica da alma vegetativa ou nutritiva, faculdade de crescimento e de reprodução; da alma animal ou sensitiva, faculdade de sentir, de desejar e de se mover; e da alma razoável ou pensante, faculdade de humanidade – esta sendo adquirida no momento do nascimento.

Esta concepção sobre o começo da personalidade humana veio influenciar as legislações, que fazem depender a personalidade jurídica do nascimento (com vida – artigo 66.º, 1 do Código Civil português), ou, mesmo, da viabilidade do nascido.

Contudo, tal concepção é pré-científica – ou, pelo menos, pré-ecográfica – fundando-se na ignorância da vida pré-natal (o ser que nasce era precedido de um mistério que fez recear os monstros e os lobisomens), em termos de o nascimento ser uma descoberta – um «dar à luz» das trevas do ventre⁽¹⁾. Este ponto de vista é insustentável pela ciência contemporânea que sabe que a criança concebida é um ser humano (capaz de sensações, de sentimentos, de resposta a estímulos sensoriais externos, de reconhecimento da voz dos pais, etc.) e que o nascimento não é um começo mas é um passo (como «passar de uma

⁽¹⁾ «.... se a gravidez é um momento de intimidade de dois corpos num só corpo... é também um momento de opacidade, de desconhecido entre esse(s) corpo(s) – corpo» escreve Teresa Joaquim em «Dar à luz, ensaio sobre as práticas e crenças da gravidez, parto e pós-parto em Portugal», Lisboa, 1983, pág. 61.

inexistentes ou quase. Uma época pré-ecográfica, em que a gestação estava rodeada de um mistério de onde poderiam resultar lobisomens ou animais monstruosos.

Mas não haverá, antes do nascimento, fases de transformação, facturas, entre o não-ser humano e o ser humano?

Todos os momentos de transição apontados são arbitrários: a fase de desenvolvimento anterior não apresenta diferenças que permitam concluir que, antes, não há um ser humano e que um segundo, um minuto ou uma hora depois, já há.

Suponha-se que a transição para a humanidade só se dá com o nascimento pois só com este se entra na vida de relação; só com o nascimento o ser humano viverá autonomamente.

Contudo, um recém-nascido nada mais é que um nascituro que mudou de lugar e se adaptou a este, passando a respirar ar.

A vida de relação já existia no ventre da mãe, com mais intensidade do que nos primeiros dias de vida.

Quanto à autonomia, um recém-nascido com uma gestação de vinte e cinco semanas é menos autónomo do que um nascituro, no útero materno, com trinta e sete semanas.

Que razão, pois, para recusar a personalidade humana ao segundo, e afirmá-la quanto ao primeiro?

Suponhamos que se marca o início da humanidade no momento do nascimento com viabilidade.

Mas o certo é que a viabilidade depende muito do estado da ciência e da técnica. Mais: das condições técnicas que rodeiam o nascimento.

E, seguramente, a personalidade humana não pode depender da autonomia do ser. De outro modo, deixaria de haver pessoa humana quando alguém estivesse atingido por uma doença capaz de provocar a morte, a não ser mediante assistência médica. E não seriam pessoas humanas todos aqueles, muito jovens, muito idosos ou muito doentes, incapazes de angariar os meios necessários para a sua sobrevivência. Ora, é seguro que todos estes seres humanos o são, são pessoas. E que todos os cuidados e meios devem ser postos ao seu serviço.

Novamente interrogados sobre os seus fundamentos, os que consideram legítimo dar-se a morte a um nascituro, negam o "contínuo" entre a pessoa em sentido biológico, a pessoa humana e a pessoa jurídica. Para haver uma vida humana, não bastaria haver uma vida biologicamente "humana": seria necessário que intervierem considerações

humanas, sociais e económicas que permitissem que se considerasse tal vida uma vida humana. Ou, em outra perspectiva, que não retirasse sem humanidade a essa vida.

Em verdade, faz-se intervir aqui uma ponderação de interesses. Se surgirem interesses superiores à desta vida, esta pode ser eliminada em nome destes interesses. Seriam estes, sobretudo: a vida, a saúde física ou psicológica da mãe; malformações do nascituro, fazendo surgir o interesse deste em não nascer ("não existir") e o interesse dos pais em não terem de o criar "para nada"; a insuficiência de meios económicos da sua família para o criar; etc.

Quando se desloca o problema para o plano dos interesses, o debate não pode continuar. Não há interesse ou valor superiores à vida humana.

Qualquer norma que se refira à personalidade jurídica não é constitutiva: não é mais do que o reconhecimento de um direito. «A personalidade jurídica... é um direito inato, um facto originário... pertence a todo o indivíduo vivo. Advém-lhe com a vida. Fundado sobre a natureza, sobre a biologia, o direito civil responde aqui às exigências da vida: é a vida que reclama – que exige desde que existe e enquanto dura – ser reconhecida. Forte com a sua conformidade à natureza (ao direito natural) este princípio positivo governa a aquisição e a perda da personalidade jurídica» (G. Cornu, *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, parágrafos 458 e 459).

Vamos dar também a palavra a Alfred Sauvy (*Coût et valeur de la vie humaine*, Paris, 1977, p. 198): "Desde a concepção que o ser humano está formado com o seu genótipo; os seus caracteres físicos, intelectuais, morais estão em gene nos cromossomas." ... Separar vida e biologia representa uma perturbação do espírito: estando a supressão de uma vida humana carregada do seu velho Tabu, é mais tranquilizador contestar a própria vida."

Nesta matéria há que ter um discurso realista. Realista por se tratar, não de um problema de consciência, de uma noção, de uma palavra, mas de um ser, de uma vida. A vida e o ser humano não mudam conforme as épocas, as vontades e os interesses. O ser humano é a referência da nossa civilização.

Assente na biologia, na essência do homem que é a vida, o Direito reconhece o início da personalidade jurídica no começo da personalidade humana – na concepção.

2.2 – Natureza jurídica da vocação dos nascituros

Surgindo a personalidade jurídica com a concepção, e coincidindo a capacidade sucessória, em princípio, com a personalidade jurídica, mesmo na falta de disposição legal expressa seria de entender que o nascituro (o ser humano já concebido mas ainda não nascido) tem capacidade sucessória.

Mas a lei é clara neste sentido: têm capacidade sucessória (podendo adquirir por sucessão testamentária ou legal) todas as pessoas concebidas ao tempo da abertura da sucessão (artigo 2033.º, 1, do Código Civil).

Não interessa (já referi que o artigo 66.º, 2, do Código Civil é uma norma gasta) que o nascituro venha a nascer vivo. Só releva que fosse uma pessoa viva no momento da abertura da sucessão.

Ao ser chamado a suceder, o nascituro é-o como pessoa já existente, com todas as consequências jurídicas que daqui derivam. Assim, se falecer (antes ou depois do nascimento) os bens adquiridos transmitem-se para os seus herdeiros.

A prova da existência do nascituro pode fazer-se por todos os meios. Presumir-se-à concebido no momento da abertura da sucessão, o ser humano que nasça nos trezentos dias seguintes (artigo 1796.º). Trata-se de uma presunção relativa.

Note-se que o artigo 1798.º admite acção destinada a provar que o período de gestação do filho foi superior a trezentos dias. Sendo a acção julgada procedente, o tribunal fixará a data provável da concepção, que valerá também para efeitos sucessórios.

Por outro lado não se admite prova contrária à presunção do artigo 1796.º, se com tal prova se levar à impugnação da legitimidade do nascituro. A não ser nos casos enunciados nos artigos 1815.º e seguintes, em que a lei admite a impugnação da legitimidade dos filhos.

A administração dos bens deixados aos nascituros é regulada pelo artigo 2240.º, 2.

2.3 – Natureza jurídica da vocação dos concepturos

Os concepturos «pessoas» que ainda vão ser concebidas – não «existem» biologicamente, não tendo, pois, personalidade jurídica.

Assim, só excepcionalmente e mediante concessão legal terão capacidade sucessória.

Nos termos do artigo 2033.º, 2, a), têm capacidade sucessória, na sucessão testamentária ou contratual, os nascituros não concebidos que sejam filhos de pessoa determinada, viva ao tempo da abertura da sucessão.

Note-se que pessoa viva significará pessoa concebida, na lógica do que tenho afirmado.

A vocação dos concepturos não é vocação de pessoas já existentes.

Tal como Pereira Coelho, parece-me de adoptar a concepção de Oppo – adaptada ao meu ponto de vista de que a personalidade jurídica, e, logo, a capacidade sucessória se iniciariam com a concepção.

Antes da concepção não há qualquer vocação sucessória. O testamento será nesta fase um negócio em vias de formação, completando-se no momento da concepção; momento no qual surgiria a vocação (actual).

Antes deste momento, o único efeito do testamento é um efeito preliminar da vocação: a colocação da herança sob administração – em termos idênticos aos da herança deixada sob condição suspensiva: artigos 2240.º, 1, 2237.º e 2239.º do Código Civil.

Bibliografia fundamental:

Pereira Coelho, *ob. cit.*, págs. 72 a 99; Oppo, «Note sull'istituzione di non concepti», *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, págs. 2 e segs.; Diogo Leite de Campos, *A vida e morte e a sua indemnização*, Lisboa, 1987 (Sep. do *B.M.J.* n.º 365).

LIÇÃO XLIII

PRESSUPOSTOS DA VOCAÇÃO:
CAPACIDADE SUCESSÓRIA

1 – CAPACIDADE SUCESSÓRIA

Para ser chamado à sucessão, o titular da designação sucessória prevalecente tem de ser capaz perante o «de cuius».

Capacidade sucessória é a aptidão para se ser chamado a suceder em relação a uma certa pessoa, como herdeiro ou legatário.

Não há que confundir a capacidade sucessória – capacidade para suceder – com a capacidade para praticar os diversos actos jurídicos integrados no processo sucessório. A capacidade para praticar estes actos identifica-se, normalmente, com a capacidade negocial geral. Assim, um menor terá capacidade sucessória, mas não capacidade para repudiar a herança, por exemplo.

A exemplo do que acontece com a capacidade negocial, também a capacidade sucessória é a regra, e a incapacidade a excepção. São capazes de suceder todas as pessoas singulares ou colectivas que a lei não declare incapazes (artigo 2033.º).

Note-se, aliás, que a incapacidade sucessória (das pessoas vivas) nunca é geral, antes relativa. Mesmo os menores, os dementes e, em geral, os incapazes para praticar negócios jurídicos, têm capacidade sucessória. Isto, porque, o simples chamamento à sucessão não implica ónus, encargos ou obrigações.

Este só derivará, eventualmente, da aceitação; mas esta será realizada no caso de incapacidade do sucessor, pelos seus representantes legais.

1.1 – Momento de referência da capacidade sucessória

Da acordo com a regra geral, é também ao momento da morte do «de cuius» que se deve referir a afecção da capacidade sucessória do

sucessor. A capacidade sucessória deve existir neste momento, e só neste, não sendo necessário que se prolongue (artigos 2033.º e 2035.º, 1).

Contudo, esta regra sofre limitações nuns casos, devendo ser entendida habilmente noutros.

Assim, no caso de conceptuos, como estes não existem no momento da abertura da sucessão, terão só que ter capacidade sucessória no momento da vocação que é o da sua concepção.

No caso de a instituição de herdeiro ou legatário estar sujeita a condição suspensiva, a capacidade sucessória deverá existir em dois momentos: no da morte, do «de cuius» e no da verificação da condição. É o que resulta do artigo 2035.º, 2, que revela um princípio geral.

Este regime geral justificar-se-à pelo facto de no momento da morte já haver uma vocação, embora condicional, do sucessor; e essa vocação só se consolida, produzindo verdadeiramente os efeitos a que se destina – aquisição dos bens no momento da verificação da condição.

É controvertida a existência de uma vocação, embora só condicional, no momento da morte do «de cuius». Contudo a existência de uma vocação (condicional) assenta no facto de a designação produzir alguns efeitos desde o momento da morte do «de cuius»: o sucessor condicional pode aceitar desde o momento da abertura da sucessão; e verificam-se os efeitos previstos no artigo 2238.º.

Por outro lado, há diversas causas de incapacidade sucessória que se verificam depois da abertura da sucessão. São os casos de «atentado contra o testamento» (artigo 2034.º, d)); o chamado era capaz no momento da abertura da sucessão, e veio a tornar-se incapaz por vir a atentar contra o testamento.

2 – INCAPACIDADE SUCESSÓRIA

As incapacidades sucessórias estão reguladas pelo artigo 2034.º. Porém, existe uma disciplina especial para a sucessão legítima (artigos 2166.º e 2167.º).

As incapacidades para adquirir por sucessão não se fundam em falta de qualidade física, moral ou intelectual do sucessível, que o torne incapaz, em geral, de suceder. Trata-se de incapacidades relativas, que funcionam só em relação ao autor da sucessão, e que se fundam numa ideia de indignidade do sucessível, em virtude da prática de actos deste, directa ou indirectamente, contra o autor da sucessão.

Note-se que, no caso de ausência, não se trata de uma incapacidade do ausente, mas da inexistência (jurídica) deste; e que as hipóteses previstas nos artigos 2192.º e seguintes não configuram incapacidades de (indignidade do sucessível) do designado, mas antes incapacidades de dispôr; fundadas na necessidade de preservar a plena liberdade de testar.

2.1 – Sucessão legítima e sucessão testamentária

O comportamento indigno do sucessível, tipificado no artigo 2034.º, releva identicamente para efeitos de sucessão legítima e de sucessão testamentária.

São de distinguir as seguintes hipóteses de comportamento indigno: atentado contra a vida do autor da sucessão e seus familiares próximos, atentado contra a liberdade de testar; e atentado contra o próprio testamento; atentado contra a honra do autor da sucessão ou seus familiares próximos (Pereira Coelho, *Direito das sucessões*, II, página 108).

Atentado contra a vida do autor da sucessão e seus parentes próximos: o condenado como autor ou cúmplice de homicídio doloso,

ainda que não consumado contra o autor da sucessão ou contra o seu cônjuge, descendente, ascendente, adoptante ou adoptado, é incapaz sucessoriamente em relação ao autor da sucessão (artigo 2034.º, a)). Contudo, se o indigno for contemplado em testamento quando o testador já conhecia a causa da indignidade, o indigno sucederá nos limites da disposição testamentária.

Atentado contra a honra do autor da sucessão e seus familiares próximos: aquele que tiver sido condenado por denúncia caluniosa ou falso testemunho contra o autor da sucessão, seu cônjuge, descendentes, ascendentes, adoptantes ou adoptado, relativamente a crime a que corresponda pena de prisão superior a dois anos, qualquer que seja a sua natureza, será ferido de incapacidade sucessória (artigo 2034.º b)).

Atentado contra a liberdade de testar: não sucederá ao autor da sucessão aquele que por meio de dolo ou coacção induzir o «de cujus» a fazer revogar ou modificar o testamento, ou disso o impedir (artigo 2034.º, c)). Sublinhe-se que a disposição testamentária determinada por erro, dolo ou coacção é anulável (artigo 2201.º).

Será também incapaz o que dolosamente subtraia, oculte, inutilize, falsifique ou suprima o testamento (cerrado) ou se aproveite de qualquer destes factos – atentado contra o próprio testamento (artigo 2034.º). O incapaz sê-lo-á tanto como sucessor testamentário, mesmo para além da deixa testamentária como a título de sucessor legítimo.

2.2 – Incapacidade das pessoas colectivas

Não há normas especiais sobre as incapacidades sucessórias das pessoas colectivas. Assim, aplicar-se-ão as normas gerais, por analogia, sempre que esta exista.

Assim, os autores dos factos que levam à incapacidade terão de ser os representantes legais da pessoa colectiva (administradores, gerentes, etc.). E parece muito difícil hipotizar outras causas de indignidade para além dos atentados contra a liberdade de testar, contra o próprio testamento, realizados pelos referidos representantes no interesse da pessoa colectiva.

2.3 – Incapacidades na sucessão legítima

O problema que se põe é o de saber se o artigo 2034.º se aplica também à sucessão legítima, podendo ser privado da sua legítima o herdeiro que pratique alguns dos factos aí indicados.

Parece, porém, que a única norma que regula a incapacidade dos herdeiros legítimos, enquanto tais, é o artigo 2166.º. Com efeito, este artigo regula a deserção, o acto pelo qual o autor da sucessão priva da legítima os seus herdeiros legítimos, em termos tão diversos dos do artigo 2034.º, que revelam uma oposição entre estas duas normas.

Assim, os princípios contidos nas alíneas a) e b) do número um do artigo 2166.º são idênticos, mas mais extensos do que os dispostos nas alíneas a) e b) do artigo 2034.º.

A causa de deserção prevista na alínea c) do artigo 2166.º não encontra paralelo no artigo 2034.º. E as incapacidades sucessórias previstas nas alíneas c) e d) do artigo 2034.º não encontram eco nas causas de deserção.

O artigo 2166.º será, assim, uma norma especial que derroga, para a sucessão legítima, as normas dos artigos 2034.º e seguintes, nos limites do seu âmbito de aplicação. Casos há que recaem fora do seu âmbito. Assim, quando de prática de homicídio por um herdeiro legítimo contra o autor do testamento será necessário aplicar as normas dos artigos 2034.º e seguintes para que o mesmo seja afastado da sua quota legítima, uma vez que o disposto no artigo 2166.º não contempla esta situação.

2.4 – Declaração de indignidade; deserção

As indignidades sucessórias (sucessão legítima e testamentária) devem ser declaradas judicialmente, por força e nos prazos do artigo 2036.º. A acção caduca nos dois anos subsequentes à abertura da sucessão ou dentro do ano seguinte à condenação pelos crimes das alíneas a) e b) do artigo 2034.º ou do conhecimento das causas de indignidade previstas nas alíneas c) e d) do mesmo artigo.

2.5 – Reabilitação do indigno

O herdeiro e o legatário, indignos (mesmo que a indignidade já tenha sido judicialmente declarada), podem readquirir a capacidade sucessória se o autor da sucessão expressamente os reabilitar em testamento ou escritura pública (artigo 2038.º). E poderá haver reabilitação tácita, sempre que o testador faça uma deixa ao indigno quando já conhecia a causa da indignidade; sucedendo o indigno nos limites da disposição testamentária.

Bibliografia fundamental:

Pereira Coelho. *ob. cit.*, págs. 101 a 114; Oliveira Ascensão. *ob. cit.*, pág. 152 a 171.

XLIV LIÇÃO

MODOS DE VOCAÇÃO

INTRODUÇÃO

A vocação de um sucessível pode operar-se de modos diferentes: de modo originário ou subsequente, puro e simples ou condicional, directo ou indirecto.

A vocação originária é a que se verifica no momento da abertura da sucessão; a subsequente opera-se num momento posterior, embora se refira, retroactivamente, ao momento da abertura da sucessão.

A vocação condicional está submetida a condição, estando isenta dela a vocação pura e simples.

A vocação indirecta opera-se em vez de outra que não se pôde efectivar: o chamado não quis ou não pôde aceitar, sendo chamado outro em vez dele.

1 - VOCAÇÃO PURA E SIMPLES E VOCAÇÃO CONDICIONAL

Como acabo de indicar, a vocação condicional está sujeita a condição, suspensiva ou resolutiva, enquanto que a vocação pura e simples não lhe está submetida.

Não sendo a sucessão legítima susceptível de ser sujeita a condição, esta só poderá afectar a sucessão testamentária, e, eventualmente, a legítima (o «de cuius» dispõe, por testamento, que os seus sucessores legítimos só herdarão se o seu herdeiro testamentário não puder ou não quiser aceitar).

As especialidades das deixas testamentárias condicionais vêm referidas nos artigos 2236.º a 2239.º do Código Civil.

No caso de condição resolutiva, o juiz poderá submeter o herdeiro ou o legatário, que são administradores dos bens até ao momento da verificação da condição, à obrigação de prestar caução. A prestação de caução, que é evidentemente no interesse dos que receberão os bens se a condição se verificar, pode ser dispensada pelo testador (artigo 2236.º, 1 e 3). No caso de a caução imposta não ser prestada, a administração dos bens passará para o beneficiário da verificação da condição resolutiva (artigo 2238.º, 2).

Se a condição for suspensiva, os bens são administrados pelo herdeiro condicional, até a condição se cumprir, ou houver a certeza de que não se cumprirá (artigo 2237.º, 1). A administração será realizada pelo herdeiro condicional, ou pelo seu substituto, se aquele não aceitar (artigo 2238.º, 1, com mais desenvolvimentos).

Se o legado tiver sido sujeito a condição suspensiva, aquele que deva, eventualmente, satisfazer o legado, pode ser submetido a obrigação de prestar caução (artigo 2236.º, 2); se este último não cumprir tal ónus, a administração do legado será diferida ao legatário (artigo 2238.º, 2).

As normas aplicáveis à administração do curador provisório dos bens do ausente valem nesta matéria (artigo 2239.º).

2.1.1 – Fundamento do direito de representação

O direito de representação constitui uma excepção à regra da sucessão legítima de que o parente mais próximo exclui o parente mais afastado de cada classe (artigo 2135.º). No direito de representação, o parente mais afastado substitui o parente mais próximo que não quis ou que não pôde suceder, sucedendo em vez dele.

O quadro dos sucessíveis designados é estabelecido segundo razões substanciais. Estas são particularmente evidentes na sucessão legítima e na legítima, com base numa ideia de propriedade «familiar»: o legislador entende que esta deve ser repartida entre aqueles que estão mais próximos dos bens do «de cuius», que participaram na sua fruição durante a vida do seu titular (formal), e que têm uma legítima expectativa a continuar a usufruí-los depois da morte do seu titular: filhos, netos, etc.. Embora haja uma ordem na transmissão dos bens – cônjuge e filhos, depois os netos, etc. – bem vistas as coisas são todos eles os herdeiros legítimos. Assim, se circunstâncias imprevistas vêm impedir que um deles suceda nos quadros da ordem estabelecida, não há razão para alterar essa ordem, excluindo os que, naturalmente, viriam a suceder depois dele (os filhos, a seguir aos pais). Assim, são chamados, um pouco mais cedo, os que acabariam por suceder mais tarde.

No âmbito da sucessão testamentária, também há esta intenção de manter a ordem normal da sucessão: os herdeiros do sucessor testamentário sucederiam a este. Vai neste sentido, normalmente, a previsão do testador.

2.1.2 – Pressupostos do direito de representação

2.1.2.1 – Sucessão legal

O direito de representação depende, na sucessão legal, de dois pressupostos (artigo 2042.º): o primeiro é a falta de um parente na primeira ou na quarta classes de sucessíveis do artigo 2133.º (descendentes do «de cuius» ou irmãos e descendentes). A noção de falta de um parente, compreende as hipóteses de pré-morte, incapacidade por indignidade, deserção, ausência e repúdio.

2 – VOCAÇÃO DIRECTA E INDIRECTA, ORIGINÁRIA E SUBSEQUENTE

Vimos que a vocação subsequente se verifica quando alguém é chamado, a seguir a outro chamamento que não pôde efectivizar-se. Enquanto que a vocação indirecta se dá quando uma pessoa não quis ou não pôde suceder (falta de capacidade, repúdio, pré-morte).

Note-se que, na vocação indirecta, não há, ao contrário do que o nome poderia indicar, duas transmissões sucessórias, fundando-se a segunda na primeira, por força da qual seria realizada. Só há uma transmissão sucessória, a que é realizada por força da vocação indirecta. E, para a «realidade jurídica», só há uma vocação, a indirecta. Como a vocação se ficciona realizada sempre no momento da abertura da sucessão, com a «segunda» vocação a primeira é apagada do mundo do Direito, tudo se passando como se ela não existisse.

Sucedo só, e é esta circunstância que justifica a designação de indirecta, que a posição jurídica do que não quis ou não pôde suceder serve de referência para a posição jurídica do sucessor. Este vai receber o que receberia o chamado em primeiro lugar.

Integram a vocação indirecta, os institutos do direito de representação, da substituição directa e do direito de acrescer. Vou ocupar-me deles seguidamente.

2.1 – Direito de representação

Noção

O direito de representação dá-se quando a lei chama os descendentes de um herdeiro ou legatário a ocupar a posição daquele que não pôde ou não quis aceitar o legado (artigo 2039.º).

O segundo pressuposto é a existência de descendentes do parente excluído da sucessão.

2.1.2.2 – Sucessão testamentária

As normas que se aplicam ao direito de representação na sucessão testamentária consagram algumas especialidades em relação às que regulam o direito de representação na sucessão legal.

Segundo o disposto no artigo 2041.º, a representação dá-se, na sucessão testamentária, no caso de pré-morte, de repúdio, e de ausência (esta, por força do artigo 120.º), mas já não no caso de incapacidade. O legislador considerou, que nesta situação, seria vontade (hipotética) do testador não admitir o direito de representação a favor dos descendentes do incapaz.

Por outro lado, a representação não se admite na sucessão testamentária em qualquer das circunstâncias previstas no número 2 do artigo 2041.º. Estas circunstâncias são as seguintes:

O testador designou um substituto para o herdeiro e legatário (alínea a))

Se o fideicomissário não puder ou não quiser aceitar a herança, fica sem efeito a substituição, e a titularidade dos bens hereditários considera-se adquirida definitivamente pelo fiduciário desde a morte do testador. Assim, o direito do fiduciário, limitado no tempo pelo fideicomisso, retoma a sua plenitude no caso de falta do fideicomissário (alínea b)).

Finalmente, a representação não se verifica no legado de usufruto ou de outro direito pessoal (alínea c)). Aqui a intenção do testador foi a de beneficiar pessoalmente o instituído; vontade que se objectiva e se prova pelo carácter pessoal do benefício atribuído. É, de algum modo, contra a natureza de um legado a sua transmissão a um representante.

Põe-se o problema de saber se, nos outros casos em que haja uma vontade do testador contrária à representação, esta poderá ter lugar.

Se a vontade contrária foi expressa, não deverá haver obstáculos à sua eficácia. A sucessão testamentária está à disposição do testador. Deverá, porém, essa vontade resultar da interpretação do testamento,

não bastando que derive de circunstâncias estranhas a essa interpretação. Razões de segurança depõem neste sentido.

2.1.3 – Distinção de figuras próximas

2.1.3.1 – Distinção da representação na prática de actos jurídicos

O «representante», em Direito das Sucessões, actua em nome e por conta própria, e não em nome do que não quis ou não pôde suceder. Os actos jurídicos que pratique – nomeadamente a aceitação – produzem-se na sua esfera jurídica, e não na do «representado».

Pelo contrário o representante na prática de actos jurídicos actua em nome e por conta do representado, produzindo-se na esfera jurídica deste os efeitos da sua actuação.

O nome direito de representação, susceptível de induzir em erro, pretende só exprimir a ideia de que o representante sucede na posição jurídica que pertenceria ao representado, sucedendo nos direitos e Obrigações que seriam deferidos a este último.

2.1.3.2 – Distinção da transmissão do direito de aceitar

2.1.3.2.1 – Transmissão do direito de aceitar: caracterização

Com a vocação sucessória é atribuído ao chamado o direito de aceitar (ou de repudiar) a herança ou o legado. É este direito o conteúdo da vocação sucessória.

Pode suceder, porém, que o chamado à sucessão faleça sem exercer o seu direito de aceitar ou de repudiar a herança ou o legado. Neste caso, o direito transmitir-se-á aos seus herdeiros, como qualquer outro direito de conteúdo patrimonial. Exercendo este direito, os herdeiros adquirirão os bens do autor da sucessão.

Nestes termos, haverá uma dupla transmissão: do que não chegou a aceitar, para os seus herdeiros – tendo como objecto o direito de aceitar ou repudiar, direito potestativo; do «de cuius» para os transmissários (herdeiros do que não chegou a aceitar ou a repudiar) – tendo como objecto a sucessão do «de cuius», os seus direitos e obri-

gações que eram destinados ao transmitente mas que não chegaram a ser adquiridos por este.

Esta construção – transmissão patrimonial directa do «de cujus» para os transmissários é a mais adequada à maneira de ser da aceitação.

Esta tem eficácia constitutiva; antes dela, os bens não entraram no património do sucessor. Não entraram, por outras palavras, no património do transmitente, do que não chegou a aceitar. Os bens que eram do «de cujus» transmitir-se-ão directamente para o património dos transmissários, desde o momento em que estes aceitem.

Daqui resulta que os transmissários têm de ser capazes, não só em relação ao transmitente, de quem são herdeiros (quanto mais não seja, do direito de aceitar), como perante o autor da sucessão, de quem recebem os bens.

Notarei a terminar, que a concepção exposta tem consequências a nível de direito tributário (imposto sobre as sucessões).

Como a herança é transmitida directamente do «de cujus» para os transmissários, só há lugar a um imposto. Ao invés do que aconteceria se entendessemos haver duas transmissões patrimoniais, uma do «de cujus» para o transmitente, e outra deste para os transmissários. Caso em que se verificariam os pressupostos típicos de dois impostos sucessórios, um sobre cada transmissão embora, por questões atinentes ao curto intervalo entre as aquisições sucessórias, acabasse por ter lugar só um imposto.

2.1.3.2.2 – Distinguição da transmissão do direito de aceitar

Do exposto, resultam as seguintes diferenças principais entre o direito de representação e a transmissão do direito de aceitar.

O direito de representação funciona só em certas classes sucessórias, na sucessão legítima e legítima. A transmissão do direito de aceitar verifica-se em qualquer classe sucessória, sendo um fenómeno geral.

O direito de representação traduz uma violação da regra geral de que, em cada classe, o parente mais próximo prefere o mais afastado. A transmissão do direito de aceitar é uma normal transmissão sucessória de um direito patrimonial, verificando-se por força das regras gerais da devolução sucessória mesmo que não estivesse expressamente prevista na lei.

Quanto à capacidade sucessória, os representantes têm de ter capacidade só quanto ao autor da sucessão, mas não perante o representado, que é um simples termo de referência, de quem os representantes não recebem nada.

Agora os transmissários têm de ter capacidade sucessória em relação ao transmitente, de quem recebem o direito de aceitar, e perante o autor da sucessão de quem adquirem os bens.

2.1.4 – Âmbito do direito de representação

Referi, há pouco, que o direito de representação constitui uma excepção à regra de que, em cada classe sucessória (da sucessão legítima e legítima), o parente de grau mais próximo exclui o de grau mais afastado. O artigo 2045.º do Código Civil acrescenta que a representação tem lugar ainda que todos os membros das várias estirpes estejam, relativamente ao autor da sucessão, no mesmo grau de parentesco, ou exista uma só estirpe.

Desenham-se, assim, três hipóteses em que funciona o direito de representação: haver desigualdade de graus sucessórios; existir igualdade de graus sucessórios, mas pluralidade de estirpes; haver uma única estirpe. Vou analisar a que consequências leva, nestas três situações, o direito de representação; consequências que não existiriam se este direito não estivesse consagrado.

Através da extensão dos seus efeitos, delimitaremos o âmbito do direito de representação.

2.1.4.1 – Desigualdade de graus sucessórios

No caso de concorrerem à sucessão parentes de diversos graus sucessórios, o direito de representação serve para chamar a suceder parentes que, de outro modo, não seriam chamados, segundo a regra de que os parentes de grau mais próximo excluem os de grau mais afastado.

Suponhamos que Pedro falece, deixando um filho, Afonso, e um neto, Carlos, filho de Manuel, pré-falecido. Carlos sucede por direito de representação, na falta do qual o único herdeiro seria Afonso, parente de grau mais próximo.

2.1.4.2 – Igualdade de graus sucessórios com pluralidade de estirpes

No caso de haver igualdade de graus sucessórios, o direito de representação já não serve para chamar à sucessão os parentes de grau mais afastado que, sem ele, nunca sucederiam. Agora, haja ou não direito de representação, todos os parentes – do mesmo grau – serão chamados.

Mas, mesmo no caso de igualdade de graus sucessórios, a circunstância de, por força do artigo 2045.º, os parentes serem chamados por efeito do direito de representação, leva a consequências jurídicas que não existiriam se faltasse esse instituto.

2.1.4.2.1 – Desigualdade do número de membros de cada estirpe

No caso de os membros de cada estirpe sucederem por direito de representação, a repartição da herança far-se-á por estirpe e não por cabeça, cabendo a cada estirpe aquilo em que sucederia o ascendente respectivo (artigo 2044.º, 1). Isto, em virtude de a posição jurídica sucessória do representado servir de referência para os direitos sucessórios dos representantes: estes vão suceder naquilo que aquele receberia.

Assim, suponha-se que Carlos faleceu, deixando um neto, Pedro, filho de Afonso, pré-falecido, e mais dois netos, Guilhermina e Miguel, filhos de Josefina, também pré-falecida. Se não houvesse direito de representação, seriam chamados Pedro, Guilhermina e Miguel, e a partilha feita por cabeça, recebendo cada um deles um terço da herança.

Por força do direito de representação, cada estirpe vai suceder no que caberia ao ascendente, ou seja, em metade da herança. Assim, Pedro recebe metade da herança; e Guilhermina e Miguel recebem a outra metade, ficando, assim, cada um destes com um quarto do total.

Parece ser, aliás, a solução mais correcta. Os netos só tinham a expectativa de receber – mais tarde – a quota hereditária dos respectivos pais. Não se afigura justo que, pelo facto de o progenitor ter falecido mais cedo do que era de esperar, eles vão sair beneficiados ou prejudicados, recebendo mais ou menos do que era «natural» (e justo) que viessem a receber.

2.1.4.2.2 – Igualdade de número de membros de cada estirpe

No caso de, havendo igualdade de graus sucessórios, cada estirpe ter o mesmo número de membros, parece indiferente que a partilha se faça por estirpe ou por cabeça. Em qualquer dos casos, cada sucessor receberá quinhão idêntico.

Contudo, se a partilha se fizer por estirpes, como deve ser por força do direito de representação, se um dos herdeiros não quis ou não pôde aceitar a sua quota, esta vai acrescer só aos outros membros da mesma estirpe. E não a todos os outros sucessores, como aconteceria se a partilha não se fizesse por estirpe, mas por cabeça.

2.1.4.2.3 – Um único membro de cada estirpe

Havendo igualdade de graus sucessórios, pluralidade de estirpes, e um único membro de cada estirpe, o direito de representação não vem assegurar qualquer das finalidades indicadas anteriormente: chamamento de sucessíveis de grau sucessório mais afastado; partilha por estirpes; limitação do direito de acrescer ao interior de cada estirpe.

Neste caso, o direito de representação implicará que os sucessores confirmem nas suas legítimas as doações feitas aos representados (artigo 2106.º). Com efeito, a posição jurídica sucessória do representado serve de referência, de modelo, para a posição sucessória do representante. Tudo se passa como se este tivesse recebido a doação feita ao representado, devendo imputá-la no seu quinhão hereditário. Isto vem alterar os termos da partilha entre os herdeiros, como facilmente se verificará elaborando um esquema.

Este ponto será desenvolvido quando tratar da colação.

2.1.4.3 – Uma estirpe com um só membro

Nesta hipótese, prevista no artigo 2045.º, que não distingue se a estirpe tem um ou vários membros, o direito de representação faz com que o sucessor impute na sua legítima os bens doados ao representado. Agora, já não com o intuito de permitir uma partilha correcta entre os herdeiros; mas, antes, com a finalidade de proteger os interesses de

outras pessoas a quem o autor da sucessão tenha feito liberalidades, «inter vivos» ou «mortis causa» por conta da quota disponível.

Havendo representação, o sucessor tem de imputar na sua legítima os bens doados ao representado, o que vai libertar a quota disponível. Assim, as liberalidades feitas a outrem poderão deixar de ser inoficiosas e, consequentemente, reduzidas.

2.2 – Substituição directa

A substituição directa ou vulgar é outra forma de vocação indirecta. Vem descrita no artigo 2281.º do Código Civil: «o testador pode substituir outra pessoa ao herdeiro instituído para o caso de este não poder ou não querer aceitar a herança».

2.3 – Direito de crescer

O instituto do direito de crescer visa regulamentar a hipótese de dois ou mais herdeiros terem sido instituídos na totalidade ou numa quota dos bens, fosse ou não conjunta a instituição, e algum deles não poder ou não querer aceitar a herança. Para esta hipótese, o artigo 2301.º dispõe que a parte do que não pôde ou que não quis aceitar a herança vai crescer à dos outros herdeiros instituídos na totalidade ou na quota.

Também há direito de crescer entre os legatários que tenham sido nomeados, seja ou não conjunta a nomeação, em relação ao mesmo objecto (artigo 2302.º).

O direito de crescer não tem lugar se o testador tiver disposto outra coisa; se o legado tiver natureza puramente pessoal; ou se houver direito de representação (artigo 2304.º).

A ordem sucessória definida pelo direito de representação prevalece, pois, sobre a que resulta do direito de crescer. Só serão chamados, por força do direito de crescer, os sucessíveis subsequentes, se não houver quem suceda nos quadros do direito de representação.

2.3.1 – Natureza jurídica do direito de crescer. Direito de crescer e direito de não decrescer

O direito de crescer, tanto na sucessão legal como na sucessão testamentária, é um verdadeiro *direito de não decrescer*.

O herdeiro, na sucessão legal e na testamentária, é chamado à totalidade da herança. Só a presença de outros herdeiros comprimirá o seu direito, limitando-o a uma quota da herança. Desaparecido o co-herdeiro, o herdeiro vê o seu direito descomprimido, vindo a receber a outra quota por força do título que já lhe pertencia. Não se trata, pois, de um novo chamamento sucessório, mas de simples funcionamento da vocação já existente.

O direito de crescer é, pois, um direito de não decrescer.

O mesmo se pode dizer da vocação do legatário co-sucessor em relação ao mesmo objecto.

A concepção que acabámos de expender é a que melhor se quadra com a maneira de ser da instituição de herdeiro. É a que parece consagrada no Código Civil.

Com efeito, a aquisição da parte que cresce faz-se por força da lei, sem necessidade de aceitação do beneficiário (artigo 2306.º). Como a aceitação tem efeito constitutivo, não se operando a aquisição dos bens sem ela, o facto de os bens acrescidos se adquirirem sem necessidade de aceitação, significa que a vocação e a aceitação anterior produzem os seus efeitos, potencialmente, em relação à totalidade da herança, compreendida a parte que vem a crescer.

Não mesmo sentido depõe a impossibilidade de o sucessor repudiar só a parte acrescida (a não ser no caso de recairem sobre esta encargos especiais impostos pelo testador) (artigo 2306.º).

Bibliografia fundamental:

Pereira Coelho. *ob. cit.*, págs. 116 a 147; Oliveira Ascensão, *ob. cit.*, págs. 175 a 258.

XLV LIÇÃO

CONTEÚDO DA VOCAÇÃO SUCESSÓRIA
E OBJECTO DA DEVOLUÇÃO SUCESSÓRIA

INTRODUÇÃO

A presente lição divide-se em duas partes fundamentais.

Na primeira referirei o conteúdo da vocação sucessória. Ou seja, os direitos e, eventualmente, as obrigações que são atribuídos no momento e por força da vocação.

A posição jurídica do chamado é integrada pelo direito de aceitar ou repudiar a herança. Mas não pelos bens que integram a herança. Estes bens são devolvidos ao chamado por força da aceitação da herança, que tem eficácia constitutiva.

A segunda parte introduz o conjunto de bens que são devolvidos (que podem ser devolvidos) ao chamado por força da aceitação.

1 – CONTEÚDO DA VOCAÇÃO SUCESSÓRIA

1.1 – Posição jurídica atribuída ao chamado

Quanto ao conteúdo da vocação sucessória, ou seja, a posição jurídica atribuída ao chamado por efeito do chamamento, têm sido tomadas duas posições: a da aquisição «ipso iure» e a da aquisição mediante aceitação.

Segundo a doutrina da aquisição «ipso iure», o chamado adquire os bens por efeito da vocação; passando a ser titular dos direitos e obrigações que pertenciam ao «de cuius». A aceitação, sempre necessária, tem um efeito meramente confirmativo; o aceitante consolida definitivamente os seus direitos, renunciando a repudiá-los. Os bens entram pela porta aberta da esfera jurídica do sucessor; este, ao aceitar, limita-se a fechar essa porta sobre os bens, confirmando definitivamente a presença dos bens nessa esfera jurídica.

O repúdio faz sair do património do sucessor os bens que aí tinham entrado.

Para a doutrina da aquisição mediante aceitação, esta última tem efeito constitutivo. A aquisição sucessória dá-se por força da aceitação. Com a vocação, o chamado adquire unicamente o direito de aceitar (ou de repudiar) os direitos e obrigações do «de cuius»; que são adquiridos só com a aceitação. Antes desta, os bens estão à entrada da esfera jurídica do sucessor, só entrando nesta mediante aceitação. Nestes termos, o repúdio não tem o sentido de rejeição da esfera jurídica do sucessor de direitos que já aí tinham entrado, mas só o de impedir a entrada dos bens nessa esfera jurídica consolidando a sua estraneidade.

É esta a doutrina que resulta do artigo 2050.º, 1, do Código Civil, segundo o qual o domínio e posse dos bens da herança se adquirem pela aceitação.

Ao acrescentar que o domínio e posse dos bens se adquirem sem necessidade da sua apreensão material, o artigo 2050.º permite que a posse se transfira independentemente do «corpus», pelo simples facto do acto jurídico da aceitação.

As consequências práticas das duas doutrinas não são tão diversas como poderia supôr-se, dado que, tendo a aceitação aquisição retroactiva, a eficácia dos bens sempre se opera juridicamente no momento da abertura da sucessão. Contudo, algumas consequências práticas sempre existem. A uma delas já me referi a propósito da transmissão do direito de aceitar ou de repudiar a herança.

Referi, na altura, que os bens eram transmitidos, do «de cuius» para os transmissários, sem passarem pelo património do transmitente. Este ponto de vista só é possível (ou é, pelo menos, mais fácil) com base numa concepção da aceitação como acto constitutivo. Como o transmitente não chegara a aceitar, não chegara a adquirir os bens – que, assim, passam do «de cuius» para os transmissários, nunca tendo penetrado na esfera jurídica do transmitente.

Para além do direito de aceitar ou repudiar a herança, são também atribuídos ao sucessor poderes de administração dos bens (artigo 2047.º, 1), se não for nomeado um curador à herança jacente (artigo 2048.º).

1.2 – Caracterização do direito de aceitar ou de repudiar

O direito de aceitar ou repudiar a herança que constitui o (principal) conteúdo da vocação sucessória, é um direito *potestativo*; que o sucessor exercerá se quiser ver ingressar na titularidade dos direitos e obrigações que integram a sua parte hereditária. Os bens são colocados à disposição do sucessor que exercerá tal direito potestativo para os adquirir.

Trata-se de um direito *originário*, pois não existia, enquanto tal, na esfera jurídica do «de cuius».

É um direito *actual* não se traduzindo numa simples expectativa, como é a posição jurídica do designado; é *instrumental*, um meio dirigido à aquisição dos bens; *temporário*, pois é estabelecido um prazo para o seu exercício.

2 – OBJECTO DE DEVOLUÇÃO SUCESSÓRIA

2.1 – Princípio geral

Uma vez aceite a herança, são devolvidos ao sucessor direitos e obrigações.

O problema que se põe é o de saber quais os direitos transmissíveis «mortis causa», e quais não o são; quais os que constituem o objecto da devolução sucessória.

O artigo 2025.º estabelece o princípio geral nesta matéria: só não constituem objecto de sucessão as relações jurídicas que devem extinguir-se por morte do respectivo titular, em razão da sua natureza ou por força da lei, podendo também extinguir-se, por vontade do seu titular, os direitos renunciáveis.

A intransmissibilidade pode ser, assim, *negocial*, *natural*, ou *legal*.

2.2 – Classes de intransmissibilidade

2.2.1 – *Intransmissibilidade natural*

Não se transmitem, «naturalmente», os direitos pessoais tão intimamente ligados à pessoa do seu titular, tão constituídos à medida dessa pessoa, que não é possível virem a ser adquiridos por outrem. Incluem-se aqui os direitos da personalidade e os direitos familiares pessoais. Também se inserirá aqui o direito de pedir o divórcio ou a separação de pessoas e bens.

Há que sublinhar, a este propósito, o seguinte.

O estado familiar não se perde necessariamente pelo falecimento de um dos titulares da relação jurídica. Assim, Carlos, filho de Joa-

quina, terá sempre este estado, mesmo que Joaquina faleça. Já, porém, o estado de casado desaparece pelo falecimento de um dos cônjuges.

Mais importante é a circunstância de os direitos da personalidade, embora intransmissíveis, não se extinguirem completamente com a morte do seu titular.

O direito moral de autor, impedindo adulterações da obra; o direito ao bom nome, o direito à integridade física, etc., persistirão, embora de modo evanescente; surgirão, mesmo, outros, como o direito à sepultura. Direitos que continuam pertencendo ao «de cuius», embora devendo ser exercidos, em benefício deste, pelos seus herdeiros.

Este ponto será desenvolvido a propósito do momento do nascimento da personalidade jurídica e da transmissibilidade do direito de indemnização pelo dano da morte.

2.2.2 – *Intransmissibilidade legal*

Múltiplos direitos são ineritáveis por força da lei. Esta entende que são direitos criados em atenção à pessoa do seu titular, pelo que não se devem transmitir. Embora o seu carácter patrimonial permitisse, em princípio, a sua transmissibilidade «mortis causa».

São eles, o direito de alimentos (e a obrigação de os prestar) – artigo 2013.º; os direitos de usufruto – artigo 1476.º de uso e habitação – artigos 1485.º e 1490.º – o direito do titular de uma renda vitalícia – artigo 1238.º – o direito e a obrigação de preferência convencional – artigo 420.º – etc..

2.2.3 – *Intransmissibilidade negocial*

Os direitos renunciáveis não se transmitirão por morte se tal for a vontade do seu titular.

Essa vontade pode ser manifestada em negócio jurídico «inter vivos» (nomeadamente no acto constitutivo do direito) ou em testamento.

Bibliografia fundamental:

Pereira Coelho. *ob cit.*, págs. 46 a 52.

XLVI LIÇÃO

OBJECTO DA DEVOLUÇÃO SUCESSÓRIA – HEREDITABILIDADE DO DIREITO DE INDEMNIZAÇÃO

INTRODUÇÃO

O principal problema que surge em matéria de objecto da devolução sucessória é o da hereditabilidade do direito de indemnização. Direito de indemnização por danos patrimoniais e por danos não patrimoniais, sobretudo no que se refere a estes últimos. E, no quadro dos danos não patrimoniais, assume particular relevo o problema da indemnizabilidade do dano da morte e da hereditabilidade da sua indemnização.

Portanto, na exposição seguinte, que compreende esta lição e a subsequente, ocupar-me-ei especialmente da indemnizabilidade e da hereditabilidade da indemnização do dano da morte; problema do maior interesse teórico, na medida em que exige delicada construção técnica; mas também fundamental para o tecido social contemporâneo.

1 – INDEMNIZABILIDADE DOS DANOS PATRIMONIAIS E NÃO PATRIMONIAIS E HEREDITABILIDADE DO RESPECTIVO DIREITO

1.1 – Indemnizabilidade dos danos patrimoniais e hereditabilidade do respectivo direito

A hereditabilidade do direito de indemnização por danos patrimoniais não suscita, nem tem suscitado, qualquer espécie de dificuldades. Isto, quer se trate de danos patrimoniais directos, resultantes da ofensa a bens patrimoniais, quer se trate de danos patrimoniais indirectos, provenientes da ofensa de bens não patrimoniais. Em qualquer caso, trata-se de relações jurídicas patrimoniais do falecido que, por força do artigo 2024.º do Código Civil, se transmitem aos respectivos herdeiros.

1.2 – Indemnizabilidade dos danos não patrimoniais e hereditabilidade da respectiva indemnização

A indemnizabilidade dos danos não patrimoniais também hoje não levanta qualquer dúvida nos quadros do ordenamento jurídico português. Não vou desenvolver esta matéria, por pertencer ao Direito das Obrigações e ser bem conhecida.

Já a hereditabilidade do direito de indemnização por danos não patrimoniais tem levantado algumas objecções, a meu ver infundadas.

Não me parece que possa oferecer quaisquer dúvidas a possibilidade de os herdeiros do falecido continuarem a acção proposta por este em vida, para obter a indemnização pelos danos não patrimoniais que tenha sofrido. Trata-se de um direito de carácter estritamente

patrimonial, cujo exercício pertence naturalmente aos sucessores do "de cuius".

Também não me parece duvidoso que os herdeiros da vítima possam intentar a acção de indemnização por danos não patrimoniais. O direito de indemnização por danos não patrimoniais tem conteúdo patrimonial, é o direito de exigir o pagamento de uma certa quantia em dinheiro. Não se vê motivo para que este direito não integre as relações jurídicas patrimoniais do falecido, que se transmitem por sua morte.

Portanto, não só os danos não patrimoniais são indemnizáveis, como o direito à sua indemnização é transmissível "mortis causa", quer a respectiva acção tenha sido proposta pelo "de cuius", quer não.

2 - O PROBLEMA DA INDEMNIZABILIDADE DO DANO DA MORTE, E DA HEREDITABILIDADE DO RESPECTIVO DIREITO DE INDEMNIZAÇÃO

2.1 - A indemnizabilidade do dano da morte

2.1.1 - A vida

O problema da indemnizabilidade do dano da morte tem como pressuposto a definição deste dano: a morte como perda da vida. Portanto, há que começar pela definição da vida.

Depois de ter perdido uma perna e uma parte das suas capacidades intelectuais e das suas funções - mesmo se tiver perdido todos os membros e todos os sentidos, mesmo em coma profundo - a vítima tinha algo mais a perder, aquilo por que os seus médicos ainda lutavam: a vida. Mesmo quando o ser humano é tratado como uma máquina que se monta e desmonta, de que se pode retirar e substituir qualquer peça, a sua vida não se reduz ao conjunto composto por estas peças.

Decomponhamos o homem com o fim de distinguir, nas suas profundezas, a sua vida. Reconstituam-lo para compreender o que é a sua vida no conjunto, o que ele é.

A noção de vida como organização e organismo está presente em Leibniz: "assim qualquer corpo orgânico de um ser vivo é uma espécie de máquina divina..." cuja unidade, estrutural e funcional, pressupõe a alma, a organização. A alma é informante, princípio imanente de informação, necessária para que o corpo desempenhe as suas funções (Aristóteles), mesmo se só aparece através do corpo, alimentando-se através das energias que este lhe oferece numa unidade substancial indecomponível. A forma humana, pelas suas actividades intelectuais,

é um excedente sobre a matéria. Esta “forma excedente” é o fundamento da pessoa e confere-lhe a sua transcendência. O ser organizado supõe uma energia organizadora da matéria, energia diferente da simples força motriz. O corpo orgânico não é simplesmente organizado, é auto-organizador. As modernas teorias da termodinâmica e da informação trazem novos elementos neste sentido. A teoria da informação aliada à biologia molecular e à genética, descreve o organismo em termos de auto-organização.

O homem, oculto pela mais longínqua barreira do ser, é esta forma excedente, esta auto-organização que é a “sua razão de ser”, que é “o ser”. É, à primeira vista, esta “forma” esta vida, humana, igual em todos os homens, que faz com que cada um, reconhecendo-se um valor infinito, se reconheça em todos os outros.

É, assim, possível, isolar um ser humano, um ser vivo, ser puro e abstracto que se impõe intemporalmente como imperativo moral não circunstancial. Imperativo que se traduz juridicamente, e se objectiva positivamente, no direito de cada um a viver, e no dever de todos os outros de respeitar essa vida. Em virtude do princípio geral da ordem que rege todo o Universo, cada homem é ordenado por natureza para viver com todos os outros homens e para formar com eles um todo social único. Jamais uma parte atinge a perfeição fora do todo. Deste modo, cada um deve respeitar os outros (São Tomás de Aquino). Mesmo se o “eu sou” existe antes do “ele é”, o “eu sou” implica intrinsecamente uma referência à pessoa de outrem, o que constitui a coesão social e permite o estabelecimento de um projecto, através do qual o respeito de cada um é reconstruído, e sem o qual “o inferno são os outros” (Sartre).

2.1.2 – O direito ao respeito da vida

O direito à vida será, portanto, prévio em relação à sociedade, mas será, subsequentemente, reconstruído social e juridicamente. Reconstruído pela própria formação da sociedade. “Eu sou” precede “ele é”, mas só tem sentido com referência a este último. Mas, como a condição primeira da organização social é a ausência de violência no interior do grupo, sobretudo de violência entre as pessoas, o “ele é” pressupõe o respeito do “eu sou”. A fonte do direito é o dever.

Consequentemente, o direito ao respeito do ser não é apenas uma concessão do Estado. A norma jurídica que se lhe refira não é mais do que o *reconhecimento* de um direito.

De qualquer modo, o respeito da vida só é jurídico desde o momento em que é reconhecido por uma norma jurídica. Norma que é *necessariamente* a primeira norma social, escrita ou não. A sociedade não pode ser sem que haja uma repartição prévia das coisas que pertencem a cada um: a primeira é a vida. Esta partilha é a ordem. O homem vê a partir daqui institucionalizado o lugar que lhe cabe na ordem universal.

A individualidade e a sociabilidade do homem aparecem, pois, reconstruídas no mesmo conjunto. Aristóteles afirmava que o homem não é um animal solitário; é feito para associação com os que são naturalmente seus parentes, é um animal social; é na casa de morada que se encontram, desde logo, os preceitos e as fontes da amizade, do Estado e da Justiça.

Mas, antes de ser social, o homem é singular – homem-fora-do-mundo. Não se pode recusar humanidade ao bárbaro, à criança-lobo e ao homem em coma profundo. Excluído da sociedade, o homem mantém-se totalmente um ser humano. A personalidade não depende de um estatuto social – ao contrário do que sucedia para os gregos, para quem o homem se integrava num contínuo Deus – natureza – cidade – homem. O Cristianismo libertou o homem da natureza (e da cidade), sem contudo o transformar em heremita.

A Vida Humana é, pois, um bem anterior ao Direito, que a ordem jurídica deve integrar. Assim o fazem, tanto a Constituição como as leis ordinárias de Portugal e dos outros Estados que consagram, ao menos em princípio, o direito ao respeito da vida.

Sendo um direito ao respeito da vida, não se trata de um direito à vida, no sentido do direito a uma prestação. A vida não é uma concessão da sociedade, uma prestação do Estado.

Também não se trata de um direito de uma pessoa sobre si mesma, sobre a sua vida. Savigny não admite a existência de um direito sobre si próprio, por este direito permitir ao seu titular dispor de si mesmo, e acabar por legitimar o suicídio. A vida não é o domínio da vontade livre. A exclusão de toda e qualquer vontade estranha ao titular do direito, não se faz – como, por exemplo, no direito de propriedade – para assegurar a fruição do titular do direito. A vida exige que

o próprio titular do direito a respeito. A exclusão de terceiros só se opera para assegurar a existência de um domínio onde nenhuma vontade é soberana.

O direito à vida é, repito, um direito ao respeito da vida perante as outras pessoas. É um direito "excludendi alios" e só nesta medida é um direito. É um direito a exigir um comportamento negativo dos outros. Eis o único conteúdo do direito à vida — expressão incorrecta mas que não rejeito, por causa da sua tradição.

Atentar contra o direito ao respeito da vida produz um dano — a morte — superior a qualquer outro no plano dos interesses da ordem jurídica.

2.2 — O dano da morte

A morte é, de acordo com o referido anteriormente, a destruição da vida, entendida em termos de auto-organização do ser humano.

O momento da morte deve ser analisado por médicos e biólogos que dirão quando terminou a auto-organização do ser humano, e se iniciou um processo irreversível de desorganização e de degradação. Creio que, actualmente, se entende que há morte quando se produzem danos irreversíveis no cérebro.

Contudo, a noção de morte é uma noção jurídica, também. Para efeitos jurídicos, há um segundo nível do tratamento do fenómeno que o faz referir a valores individuais e sociais. Assim, o momento da morte, para defesa da pessoa humana e da ordem social, não podendo ser anterior ao da morte biológica, pode ser posterior, nomeadamente por razões de certeza e de segurança.

Bibliografia fundamental:

Diogo Leite de Campos, *A indemnização do dano da morte*, Coimbra, sep. B.F.D.C., 1974; id., *A vida, a morte e a sua indemnização*, Lisboa, sep. B.M.J., 365; id., "Plaidoyer pour la vie: l'indemnisation du damage de la morte", *Archives de Philosophie du Droit*, 32, Paris, 1987.

XLVII LIÇÃO

INDEMNIZAÇÃO DO DANO DA MORTE. HEREDITABILIDADE DA INDEMNIZAÇÃO DO DANO DA MORTE

1 – INDEMNIZABILIDADE DO DANO DA MORTE

1.1 – Indemnizabilidade do dano da morte “de iure constituendo”

O dano da morte é o prejuízo supremo, a lesão de um bem superior a todos os outros. Mas esta própria característica se, por um lado, impõe terminantemente a sua indemnização, pelo outro lado pode determinar a recusa dessa mesma indemnização.

Trata-se de um dano não mensurável, na medida em que a vida não é comparável a qualquer outro bem tendo um valor conhecido que possa constituir a sua contrapartida. Ao mesmo tempo, este dano incommensurável seria idêntico para todas as pessoas: não é possível afirmar que a vida de Pedro vale mais para este, do que a vida de João para o seu titular. E, se valesse, não seria possível estabelecer diferenças quantitativas. Deste modo, o montante da indemnização seria entregue ao arbítrio do juiz, este desprovido de qualquer critério directivo.

A certeza do direito estaria gravemente posta em causa.

Por outro lado, se parece discutível, nos outros danos não patrimoniais, a compensação das dores e dos sofrimentos morais da vítima através de somas pecuniárias destinadas a assegurar satisfação equivalente (discutível, mas não recusável); parece ainda menos justo que a reparação de algo tão pessoal como a vida reverta *necessariamente* em benefício de outra pessoa – pois, surgindo o direito à indemnização depois da morte, esta indemnização tem de reverter necessariamente a favor dos herdeiros do falecido.

Não se vê que interesses esta “indemnização” vai satisfazer. Não vai preencher uma lacuna no património do “de cuius” como o faz a indemnização-reintegração dos danos patrimoniais. Não compensará, porque não pode, o dano não patrimonial do “de cuius” com outras

satisfações obtidas através do dinheiro, como é o caso, em geral, da indemnização dos danos não patrimoniais.

No quadro de uma responsabilidade civil tão profundamente moldada pela estrutura dos dados patrimoniais que o próprio conceito de dano não leva em conta senão estes últimos, as dificuldades em medir os danos não patrimoniais e as incertezas no que se refere ao fim e à eficácia da indemnização, são agravadas no âmbito do dano da morte.

Já que não é possível encontrar a justificação de uma compensação, triplamente impossível, do dano da morte, qual será o fundamento da indemnização?

A lesão de um direito absoluto, como o direito ao respeito da vida, deve implicar a indemnização do dano sofrido. Não se compreende que seja precisamente a lesão do bem supremo, da vida, que esteja desprovida de indemnização. Tanto mais que a solução contrária constituiria um incitamento ao homicídio, às lesões capazes de provocar a morte imediata. O autor da agressão estaria em melhor situação (economicamente falando) no caso de morte imediata da vítima, do que quando a morte é diferida no tempo, ou só há lesões corporais. Na primeira hipótese, não seria obrigado a indemnizar, enquanto que, nos outros casos, deveria indemnizar os danos sofridos pela vítima enquanto viva. E, contudo, quando a morte é imediata a agressão é normalmente mais grave, envolvendo uma necessidade jurídica acrescida de indemnização.

Poder-se-ia opor a este discurso que a responsabilidade civil teria, então, aqui, uma função preventiva e repressiva que é típica da responsabilidade criminal. Esta seria suficiente para desencorajar os agressores eventuais e para assegurar a sua punição. O homicídio é punido pelo direito criminal mais severamente que as simples lesões corporais; e a morte imediata, sendo, em geral, produzida por uma agressão eticamente mais censurável do que a que causa a morte diferida no tempo, e traduzindo uma personalidade menos adaptada aos valores jurídicos, será também sujeita a uma pena mais severa.

Podemos responder-se a este raciocínio que uma parte dos homicídios é provocada por mera negligência (é o caso dos acidentes automóveis) o que implica penas criminais leves. O reforço da indemnização terá um sentido preventivo e pedagógico, levando os autores dos danos a tentar preveni-los.

Por outro lado, uma pena exclusivamente criminal justifica-se quando o facto envolve um dano exclusivamente social e não um dano privado. No caso de um homicídio, há (também) um dano privado que deve ser indemnizado. Isto, não só na óptica do “devedor” que produziu um dano que deve reparar, mas também na perspectiva do credor que sofreu um dano que pretende ver indemnizado — mesmo se esta compensação é muito limitada e muito rudimentar.

A indemnização das ofensas à vida será um passo na via da juridicização total do bem vida, da sua integração prática na ordem jurídica. Esta solução viria também assegurar a prevenção e a repressão das agressões à vida em sociedades nas quais há, em diversos domínios, um desprezo prático da vida humana que é preciso combater através da protecção prática dessa mesma vida.

Tanto mais que o direito criminal se “desprivatiza” para se “publicizar”. O aspecto de compensação que a pena teve outrora — marcado, nomeadamente, pelo seu carácter de compensação pecuniária e de retribuição ética — é abandonado em benefício da sua função de instrumento de restabelecimento de uma ordem social desfeita, na qual a personalidade do agente adquire um peso crescente.

A função tradicional de compensação da pena criminal deve ser recuperada pelo direito privado ao serviço das suas finalidades específicas.

As dificuldades da indemnização — que, vista a natureza do dano, não poderá ser mais do que uma vaga compensação — não devem fazer recuar diante do falso idealismo que deixa danos sem indemnização por causa das dificuldades inerentes à avaliação dessa indemnização. Indemnização que, na circunstância histórica, permitirá uma mais completa consideração jurídica da vida, no caminho para uma maior justiça.

1.2 – A indemnização do dano da morte “de iure constituto”

O legislador português terá sido sensível a esta ordem de razões, prevendo expressamente, no artigo 496.º do Código Civil, a indemnizabilidade do dano da morte.

Assim, no n.º 1 do artigo 496.º fixa-se a regra geral da indemnizabilidade dos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do Direito.

Mesmo que nada mais dispusesse o artigo 496.º, deveria entender-se que estava aqui prevista a indemnizabilidade do dano da morte que é, sem dúvida, um dano que pela sua gravidade merece a tutela do direito; acabei de o demonstrar.

Mas o artigo 496.º não fica por aqui. No número dois refere-se expressamente à morte da vítima, fixando que (por morte desta) o direito à indemnização por danos não patrimoniais cabe a certas pessoas (cônjuges não separados judicialmente de pessoas e bens, e filhos e outros descendentes). Esta disposição não se quer referir, evidentemente, à indemnização pelos danos não patrimoniais sofridos pelo “de cuius” enquanto vivo; o direito a esta indemnização tem “normal” conteúdo patrimonial (embora se trate de dano indirecto) e transmitem-se sucessoriamente como qualquer outro direito de conteúdo patrimonial. Nem se vê razão para se estabelecer, quanto a ele, uma ordem especial de sucessíveis. Não. O dano referido no n.º 2 é seguramente outro dano: o dano não patrimonial sofrido pela vítima com a sua morte. Quanto a este, dado o seu carácter extremamente pessoal, muito íntimo, já se compreende que não seja tratado como qualquer dano não patrimonial, mas se estabeleça uma ordem especial de sucessíveis, aquelas pessoas mais ligadas ao “de cuius”, excluindo-se nomeadamente os herdeiros testamentários.

O n.º 3 vem reforçar este ponto de vista. Acentua que “no caso de morte”, podem ser atendidos, não só os danos não patrimoniais sofridos pela vítima, como os sofridos pelas pessoas com direito a indemnização nos termos do número anterior. Distingue aqui, assim, o legislador dois tipos de danos não patrimoniais: os danos não patrimoniais sofridos pela vítima – que só podem corresponder, nos termos da interpretação do número anterior, ao dano da morte; e os sofridos pelos parentes mais próximos, que são os danos não patrimoniais resultantes dos sofrimentos, das dores, das angústias com a morte do “de cuius”. Assim, o número três vem desenvolver o número dois. Enquanto que, do n.º 2 se poderia retirar a conclusão de que só tem direito a indemnização o “de cuius”, pelo facto do seu falecimento, pelo dano da sua morte; o n.º 3 vem precisar que podem ser atendidos também os danos não patrimoniais sofridos pelos seus parentes mais próximos.

Trata-se, a meu ver, da única interpretação razoável, ou pelo menos da mais razoável, de um artigo em si próprio obscuro. Mas do qual não se podem escamotear as consequências, impostas, como o

referi, pelo imperativo de indemnizar o dano da morte. E indemnizá-lo à própria pessoa que o sofreu, ou seja, ao falecido.

1.3 – O cálculo da indemnização

O imperativo moral e jurídico, de direito constituído e de direito a constituir, de indemnizar o dano da morte, deve ceder perante as dificuldades práticas do cálculo do montante da indemnização? A indemnização não deve ser aferida pelo custo da vida humana para a sociedade ou para os parentes da vítima, nem pelo seu valor para a sociedade e para os que dependem da vítima. Será aferida pelo valor da vida para a vítima, enquanto “ser”.

O prejuízo é o mesmo para todos os homens. Afirmei-o e justifiquei-o. A indemnização deve ser a mesma para todos.

A indemnização deve ser medida por dois parâmetros: pela consideração de que a morte é o prejuízo supremo, envolvendo a desaparecimento do homem; pela finalidade (uma das finalidades...) desta reparação: não deixar o agressor numa situação patrimonial melhor do que a que teria se não fora a morte da vítima.

A perda do “bem” vida envolve a destruição de todos os outros bens da personalidade: o ser humano não fruirá mais dos prazeres dos sentidos, da razão, do movimento, dos sentimentos. A morte é um dano único que absorve todos os outros prejuízos não patrimoniais. O montante da sua indemnização deve ser, pois, superior à soma das reparações de todos os outros danos imagináveis. Este montante revelará praticamente que a morte é o dano supremo, superior a todos os outros. E o agressor estará numa situação pior do que se não tivesse cometido o homicídio.

Uma vez estabelecido o critério de fixação do montante da indemnização, é preciso enunciar directivas mais concretas.

A análise da jurisprudência permitirá fixar o montante médio da indemnização que é (ou seria) concedida no caso de invalidez total (perda do movimento, dos sentidos, etc., mas capacidade de compreender o seu estado... e de sofrer com isso). A indemnização do dano da morte deve ser fixada sistematicamente a um nível superior – pois a morte é um dano acrescido, e isto tem de ser feito sentir economicamente ao culpado.

Não pensamos que, no quadro destas directivas, o cálculo da indemnização do dano da morte ponha problemas práticos superiores aos que são levantados pela indemnização dos outros danos não patrimoniais.

2 - HEREDITABILIDADE DA INDEMNIZAÇÃO PELO DANO DA MORTE. O ENQUADRAMENTO TÉCNICO-JURÍDICO DA INDEMNIZAÇÃO E DA SUA HEREDITABILIDADE

Uma vez justificada, sob o ponto de vista da justiça, a indemnização do dano da morte, e demonstrada a "praticabilidade" da indemnização (pressuposto da sua aceitação de princípio pelos "práticos" do Direito) é preciso legitimá-la nos quadros da técnica jurídica - condição do seu acolhimento pelos "técnicos" do Direito.

À pretensão do reconhecimento de um direito de indemnização pela ofensa do direito à vida, opõe-se o obstáculo seguinte: como pode a vítima adquirir um direito de indemnização pelo dano da própria morte, se, com esta, a sua personalidade jurídica desaparece? O direito que se pretende ver adquirido pela vítima, só o pode ter sido depois da sua morte (pressuposto do direito à indemnização) momento no qual a vítima já não tem a personalidade jurídica para adquirir direitos. Se a vítima não adquiriu o direito, este não pode transmitir-se "mortis causa". Transmissão que constitui o destino inevitável de um direito que só aparece depois da morte do seu titular, para se transmitir imediatamente a outrem.

Este obstáculo, que parece impressionante numa primeira abordagem do problema, influenciou o tratamento jurídico do conjunto do problema. Não duvido que tenha desencorajado os legisladores de prever expressamente a obrigação de indemnizar a violação do direito à vida, e os autores e os tribunais de a impôr na ausência de um texto. Contudo, penso ser possível utilizar os instrumentos técnicos existentes para fazer compreender e aceitar que alguém adquira um direito decorrente do facto da sua morte.

Depois do facto, há um dano que não é ainda a morte. É, contudo, um dano que conduzirá virtualmente à morte - dentro de dias ou

de centésimos de segundo – contendo a morte em potência, sendo como que uma antecipação desta. Suponha-se que alguém tomou um veneno contra o qual não há um antídoto.

Haveria, consequentemente, a partir do facto, um direito à indemnização pelo dano da morte; direito sujeito, todavia, à condição suspensiva da verificação da morte.

A ordem jurídica (doutrina e jurisprudência) aceita facilmente a indemnização de danos futuros, de danos ainda não produzidos. Haveria um direito de indemnização cujo conteúdo ainda não estaria determinado. Direito que se transmitiria aos herdeiros do seu titular, depois do falecimento deste. Nesta medida, o dano será sempre pressuposto da responsabilidade civil.

Para os que não vêem outra possibilidade senão o “nascimento” do direito de indemnização depois da morte do titular do direito lesado, há outro meio de ultrapassar a aparente impossibilidade lógico-jurídica de resolver o problema. Entre a concepção e a morte, o ser humano é uma pessoa jurídica, por o direito se limitar a “adotar” a realidade biológica, integrando-a (com eventuais modificações) no mundo da cultura.

Quererá isto dizer que, antes da concepção e depois da morte, não há nada, para a natureza e para a cultura? Antes da concepção, há o amor entre os pais, e células, contendo um código, que vão dar lugar a um ser humano. Há também a necessidade de proteger uma pessoa futura, de garantir que o processo da sua formação não lhe provocará danos. A pessoa futura projectará, para o período de antes da concepção, os seus direitos, para se proteger.

A exemplo da personalidade jurídica que será, que exige uma protecção jurídica antes da morte, a personalidade jurídica que “foi” exige defesa para além da morte.

A morte não é um facto bruto, um fenómeno puramente biológico. A biografia humana prolonga-se para além da morte. A morte humana não é “precisamente” a morte biológica. É mesmo a morte que revela que o homem não é prisioneiro do espaço-tempo, separando-o do seu despojo corporal, única parte submetida ao tempo. A morte é a observância de um rito de despojamento do “eu” enquanto “ter”. O homem, compreendido através das suas funções, desaparece no momento da morte. Mas, se for levado em conta o “ser” e não o “ter”, a vida é também a morte.

A morte definitiva é uma ideia muito recente do racionalismo pessimista. O apagamento brutal e definitivo, no momento da morte, de todos os interesses subjacentes à personalidade jurídica, e a extinção de todos os direitos correlativos, representará um fenómeno contrário aos mundos da natureza e da cultura, e que prejudica os interesses protegidos pelos direitos da personalidade.

A flecha do tempo conduz a violência da causalidade a produzir efeitos para depois da morte.

A doutrina, os tribunais e as leis dão conta da permanência, depois da morte, de um certo número de interesses e dos direitos respectivos – direito à imagem, direito ao nome, direito à obra científica e literária etc.. Direitos que serão exercidos pelos parentes ou os herdeiros do falecido, em nome deste. Do mesmo modo que a indemnização recebida o é “moris causa”.

Segundo este raciocínio, penso que o direito de indemnização pelo dano da morte é adquirido pelo “de cuius” depois da sua morte. A defesa da personalidade jurídica exige uma constante defesa do direito à vida. Esta protecção envolve a obrigação de indemnizar a sua lesão. O direito correspondente deverá ser, na ordem natural das coisas, adquirido pelo próprio lesado. E porque não depois da sua morte? Eis um outro caso em que a protecção de um direito da personalidade se prolonga depois da morte, sem o que o direito à vida perderia uma parte da sua consistência prática.

Constitui, pois, dois instrumentos técnicos para a compreensão do fenómeno da aquisição pelo “de cuius”, do direito de indemnização pela sua morte e da sua transmissão “moris causa”.

Bibliografia fundamental:

Diogo Leite de Campos, *A indemnização do dano da morte*, Coimbra, sep. B.F.D.C., 1974; id., *A vida, a morte e a sua indemnização*, Lisboa, sep. B.M.J., 365; id., “Plaidoyer pour la vie: l’indemnisation du dommage de la mort”, *Archives de Philosophie du Droit*, 32, Paris, 1987.

XLVIII LIÇÃO

HERANÇA JACENTE E AQUISIÇÃO SUCESSÓRIA

INTRODUÇÃO

Entre o momento da abertura da herança, que se segue imediatamente ao da morte do "de cuius", e o da sua aceitação, ou da declaração da sua vacatura para o Estado, decorre um período durante o qual a herança jaz à espera de aceitação ou declaração de vacatura.

Este período termina, normalmente, com a aceitação da herança, ou com o seu repúdio seguido de outra aceitação.

1 – HERANÇA JACENTE

Diz-se jacente a herança aberta, mas ainda não aceite nem declarada vaga para o Estado (artigo 2046.º do Código Civil).

Há, assim, que distinguir entre herança jacente e herança vaga. A herança vaga é a que foi diferida para o Estado, por o “de cuius” ter falecido sem testamento e não haver herdeiros legítimos ou legítimos. Esta inexistência de sucessores é reconhecida judicialmente, sendo assim a herança declarada vaga para o Estado (que não é herdeiro) – artigo 2155.º.

A herança jacente é a herança vaga, mas ainda não aceite. O problema que há aqui a resolver é o da sua administração durante este período.

1.1 – Administração da herança jacente

A administração da herança jacente pertence, em princípio, ao chamado (artigo 2047.º). Se não houver quem legalmente administre a herança, e para evitar a perda ou deterioração dos bens, nomear-se-á um curador à herança (artigo 2048.º, 1).

O curador será nomeado pelo tribunal, a requerimento do Ministério Público ou de qualquer interessado, tendo, em princípio, os mesmos poderes do curador provisório dos bens do ausente (artigo 2048.º, 2).

1.2 – Personalidade judiciária da herança jacente

A herança jacente não tem personalidade jurídica, mas tem personalidade judiciária (artigo 6.º do Código de Processo Civil).

1.3 – Processo cominatório de aceitação ou de repúdio

O Direito não admite a longa permanência de direitos sem titular; nestes casos, os bens correm o risco de perda ou deterioração, e o comércio jurídico sofre correlativamente. Assim, se o sucessível chamado à herança a não aceitar ou repudiar nos quinze dias subsequentes à vocação, o tribunal, requerido pelo Ministério Público ou qualquer interessado, mandará notificar esse sucessível para, no prazo que lhe for fixado, declarar se aceita ou repudia (artigo 2049.º). O processo respectivo é o processo cominatório de aceitação ou repúdio da herança (artigos 2049.º do Código Civil e 1467.º e seguintes do Código de Processo civil).

Na falta de declaração de aceitação, e desde que não seja apresentado documento legal de repúdio dentro do prazo fixado, a herança tem-se por aceite (artigo 2049.º, 2).

Se o notificado repudiar a herança, serão notificados os sucessíveis imediatos, até alguém aceitar a herança ou esta ser declarada vaga para o Estado (artigo 2049.º, 3).

2 – AQUISIÇÃO SUCESSÓRIA: ACEITAÇÃO E REPÚDIO DA HERANÇA

2.1 – Aceitação da herança

A aquisição dos bens postos à disposição do chamado opera-se mediante a aceitação deste.

A aceitação é um direito potestativo, podendo o chamado exercê-lo ou não, livremente. Mesmo no caso em que (aparentemente) a aquisição se opera sem aceitação – quando funciona o direito de acrescer – na realidade a aceitação é sempre prévia em relação à aquisição. A aceitação do quinhão hereditário originário, estendendo-se, potencialmente, por força do título de vocação, à totalidade da herança (ou do bem, no caso de legado) compreende a parte que vem crescer.

2.1.1 – *Natureza jurídica da aceitação*

A aceitação da herança é um direito potestativo, acto jurídico unilateral e não receptício. São-lhe aplicáveis, com algumas modificações, os princípios gerais do negócio jurídico quanto à capacidade, vícios da vontade, etc.. Podendo, assim, a aceitação ser inválida (artigo 2060.º).

Constitui acto pessoal de cada sucessível (artigo 2051.º). Contudo, como direito de conteúdo patrimonial, pode ser exercido pelos credores do chamado (artigo 2067.º do Código Civil).

Há que levar em conta as especialidades da aceitação da herança deixada a menor (artigos 1888.º e 1889.º, 1891.º, 1893.º, l, d)), a interdito (1938.º, l, c), 1940.º e 1941.º), e ausente (artigo 109.º).

A aceitação é um acto irrevogável (artigo 2061.º) puro e simples (artigo 2054.º, 1) e indivisível (artigos 2054.º, 2 e 2055.º).

2.1.2 – Espécies de aceitação

A aceitação pode ser expressa ou tácita, pura e simples, ou benefício de inventário.

A aceitação é expressa quando, em documento escrito, o chamado declara aceitar a herança, ou assuma o título de herdeiro com a intenção de a adquirir (artigo 2056.º, 2); é tácita quando resulta de factos concludentes (sobre os factos concludentes, ver o artigo 217.º, 1).

Note-se, porém, que os actos de administração praticados pelo sucessível não implicam aceitação tácita da herança (artigo 2056.º, 3). Com efeito, os herdeiros podem tentar preservar os bens, sem ainda tomarem decisão quanto à aceitação.

A aceitação também pode ser pura e simples ou a benefício de inventário (artigo 2052.º).

2.1.3 – Transmissão do direito de aceitar

Referi que o direito de aceitar se transmite hereditariamente, como qualquer outro direito patrimonial. Não desenvolverei aqui este ponto que considero suficientemente tratado.

2.1.4 – Caducidade do direito de aceitar

O direito de aceitar a herança caduca ao fim de dez anos (artigo 2059.º, 1), prazo que se conta a partir da data em que o sucessível teve conhecimento de que foi chamado à herança.

No caso de instituição sob condição suspensiva ou com substituição fideicomissária, os prazos contam-se a partir do conhecimento da verificação da condição ou da morte do fiduciário ou da extinção da pessoa colectiva.

2.2 – Repúdio da herança

O repúdio é o acto pelo qual o chamado responde negativamente ao chamamento, declarando que rejeita os bens colocados à sua disposição (artigo 2062.º).

O repúdio é um direito potestativo, com eficácia retroactiva em relação ao momento da abertura da sucessão (artigo 2062.º). Isto permite que o chamado subsequente, que aceite, seja considerado herdeiro desde o momento da abertura da sucessão, data em relação à qual se reportam os efeitos da aceitação.

2.2.1 – Natureza jurídica do repúdio

O repúdio é um direito potestativo, exercendo-se através de um acto jurídico unilateral, não receptício. Valem em relação a ele, em princípio, as regras gerais sobre os actos jurídicos, podendo ser inválido (nulo ou anulável).

É, a exemplo da aceitação, um acto individual (artigo 2051.º), pessoal, como é a aceitação (ver as disposições legais citadas para esta: porém, os credores do repudiante podem sub-rogar-se a este – artigo 2067.º), irrevogável (artigo 2066.º), puro e simples (artigo 2064.º, 1), e indivisível (artigos 2064.º e 2055.º).

2.2.2 – Forma do repúdio

O repúdio está sujeito à forma exigida para a alienação da herança (artigo 2063.º que remete para o artigo 2126.º). Nestes termos, o repúdio só deve revestir a forma de escritura pública se, na herança, houver bens cuja alienação deva ser feita por essa forma; caso contrário, bastará documento particular.

Bibliografia fundamental:

Pereira Coelho, *ob. cit.*, pp. 153 a 161.

XLIX LIÇÃO

OS ENCARGOS DA HERANÇA E SUA LIQUIDAÇÃO.
PARTILHA DA HERANÇA

INTRODUÇÃO

Visa a presente lição apresentar as regras gerais que presidem à partilha da herança. Começarei por indicar quais os encargos que devem ser deduzidos ao activo da herança, seguindo-se a partilha desse activo pelos herdeiros, legítimos, legítimos e testamentários.

Nos quadros da partilha da herança, darei particular relevo ao instituto da colação.

1 – ENCARGOS DA HERANÇA E SUA LIQUIDAÇÃO

Referi, algumas lições atrás, que se a herança não tem encargos e existe só um herdeiro, tudo começa e termina com a aceitação. Mas, se houver encargos, haverá que começar por proceder à sua liquidação.

Há que distinguir, nesta matéria, entre dívidas da herança e encargos da herança. Os encargos da herança compreendem, não só as dívidas do falecido, assumidas enquanto este era vivo, como também as despesas que vão ser assumidas pela herança, enquanto património autónomo; estando aqui compreendidas as despesas com o funeral e sufrágios do “de cuius”, os encargos com a testamentaria, administração e liquidação do património hereditário e os legados (artigo 2068.º do Código Civil).

Por força do número dois do artigo 2070.º, os referidos encargos serão liquidados pela ordem por que estão enunciados no artigo 2068.º: despesas com o funeral e sufrágios do seu autor, seguindo-se os encargos com a testamentaria, administração e liquidação do património hereditário, passando-se ao pagamento das dívidas do falecido, e terminando-se pelo cumprimento dos legados.

Os credores da herança e os legatários gozam de preferência sobre os credores pessoais do herdeiro, e os primeiros sobre os segundos (número um do artigo 2070.º). Estas preferências mantêm-se durante os cinco anos subsequentes à abertura da sucessão ou à constituição da dívida, se esta é posterior, ainda que a herança tenha sido partilhada; e prevalecem mesmo se um credor preterido adquiriu garantia real sobre os bens hereditários (número três do artigo 2070.º).

Para além dos herdeiros e, em certos termos, dos legatários, também o usufrutuário da herança, ou de uma quota da herança, pode ser obrigado a satisfazer encargos hereditários.

O usufrutuário da totalidade da herança deve pagar por inteiro o legado de alimentos ou pensão vitalícia; e o usufrutuário de quota na

herança deve contribuir para pagar os alimentos ou pensões vitalícias em proporção da sua quota (números um e dois do artigo 2073.º). Trata-se de encargos que devem ser pagos com os rendimentos dos bens, devendo portanto recair sobre o usufrutuário que é o titular do direito a esses rendimentos.

Quanto aos outros legados e aos encargos da herança em geral, só responde o titular da sua propriedade, o herdeiro, mas só chegado o termo do usufruto. Contudo, como o titular da sua propriedade não tem rendimentos e, portanto, não tem a possibilidade de pagar esses encargos, a lei estabelece um regime especial que envolve alguns encargos para o usufrutuário, titular do rendimento dos bens.

O usufrutuário tem a faculdade de adiantar as somas necessárias para o pagamento dos encargos hereditários (n.º 1 do artigo 2072.º). Pode pagar directamente esses encargos, ou limitar-se a adiantar essa soma ao titular da sua propriedade. Findo o usufruto, pode exigir do proprietário a restituição da quantia que despendeu, embora sem juros.

Se o usufrutuário não quiser usar desta faculdade, o n.º 2 do artigo 2072.º concede duas possibilidades ao proprietário: pode pagar os encargos com dinheiro seu, se tiver interesse em conservar os bens; neste caso o proprietário fica com o direito de haver do usufrutuário os juros correspondentes. Se o proprietário não tiver interesse em conservar os bens, pode fazer vender dos bens dados em usufruto os que forem necessários para o pagamento dos encargos.

Antes da partilha, os bens da herança indivisa respondem em conjunto pela satisfação dos encargos da herança (artigo 2079.º). Depois da partilha, cada herdeiro só responde pelos encargos em proporção da quota que lhe tenha cabido na herança (n.º 1 do artigo 2098.º). Poderão, porém, os herdeiros deliberar que o pagamento se fará à custa de dinheiro ou outros bens separados para esse efeito, ou ficará a cargo de algum ou alguns deles; obrigando tal deliberação os credores e os legatários, nos termos do n.º 3 do artigo 2098.º.

2 – PARTILHA

2.1 – Partilha

Qualquer dos co-herdeiros tem o direito de exigir partilha (n.º 1 do artigo 2101.º). Trata-se de um direito irrenunciável, embora se admita, nos termos do n.º 2 do artigo 2101.º, que se estipule que o património hereditário se conservará indiviso por certo prazo, que não chegue a cinco anos; sendo lícito renovar esse prazo, uma ou mais vezes, por novos acordos.

Sendo cada um dos herdeiros considerado, desde o momento da abertura da sucessão, sucessor único dos bens que lhe foram atribuídos (artigo 2119.º do Código Civil), a partilha assume um carácter declarativo. Cada herdeiro já tinha um direito aos bens do seu lote, que adquire directamente do autor da sucessão. Tudo se passa como se esses bens (exactamente esses bens), tivessem sido sempre seus. Daqui resulta, nomeadamente, a validade dos actos de disposição praticados por um dos co-herdeiros em relação aos bens que lhe venham a caber na partilha.

A partilha pode fazer-se judicial ou extrajudicialmente (artigo 2102.º). A partilha extrajudicial é feita se houver acordo entre os interessados, e nos termos deste acordo, embora tenha de revestir a forma de escritura pública, se da herança fizerem parte coisas imóveis. A partilha judicial, realiza-se em processo de inventário, quer facultativo, quer obrigatório.

2.2 – A colação como operação de partilha

O artigo 2104.º do Código Civil descreve a colação como sendo a restituição que, para igualação da partilha, os descendentes que quei-

ram entrar na sucessão do ascendente, devem fazer à massa da herança, dos bens ou valores que lhes foram doados por este. É necessário distinguir, antes de mais, entre colação e restituição fictícia dos bens doados (descrita no artigo 2162.º do Código Civil). A restituição fictícia, é *fictícia* e não real, não implicando, ao contrário da colação, um efectivo aumento da massa hereditária. Além do que, abrange todas as doações feitas aos descendentes ou a quaisquer outras pessoas. E não pretendem igualação da partilha entre os herdeiros legítimos, mas o cálculo da legítima, ou da quota disponível, e a protecção dos legítimos em geral.

Também a colação se distingue da imputação, normal, de qualquer liberalidade do “de cuius” numa das quotas, na quota disponível ou na indisponível. Quando tal liberalidade se fez ao herdeiro titular dessa quota.

O fundamento da colação residirá na vontade presumida do “de cuius” que, ao fazer uma doação a um dos seus descendentes, não terá querido avantajá-lo em face dos outros. Tratar-se-á de uma simples antecipação da quota hereditária do donatário. Estou de acordo em que o “de cuius”, ao fazer uma doação a um dos seus descendentes, não terá querido mais do que antecipar-lhe a propriedade e o gozo desses bens. Contudo, entendo que esta presunção só funciona nos limites da legítima. Aceito que o “de cuius” ao fazer uma doação a um herdeiro legítimo nos quadros da sua legítima, ao atribuir-lhe, portanto, bens que haviam de vir a ser dele (pelo menos no que se refere ao seu montante), quis antecipar-lhe esses bens. Mas se a doação excede as forças da legítima, neste caso julgo que tal presunção já não funciona. Neste caso, o “de cuius” quis avantajar um dos seus descendentes em relação aos outros. Quis atribuir bens a que aquele não tinha direito. Assim, com base neste fundamento da colação, julgo que esta não é uma operação de igualação da partilha, mas é uma operação de antecipação dos bens da quota indisponível. O “de cuius” não quis doar ao seu herdeiro bens por conta da sua quota hereditária, mas sim, por conta da sua legítima.

Esta interpretação restritiva do artigo 2108.º baseia-se, também, em razões que me parecem ponderosas, de ordem social. O instituto da colação, entendido como antecipação de bens em relação à quota hereditária (e não só em relação à legítima), vem, de facto, restringir a liberdade do “de cuius” de dispor dos seus bens, liberdade que, hoje,

entendo deve ser o mais ilimitada possível, tendo mesmo já defendido a eliminação da sucessão necessária. Limitando a colação o mais possível, restringindo-a à quota legítima alargo a liberdade de disposição patrimonial do “de cuius”.

Mas não foi seguramente esta a intenção do legislador; o texto da lei é claro em sentido contrário ao que proponho – que se manterá, assim, uma aspiração “de iure constituendo”.

A obrigação de conferir impende sobre os descendentes presuntivos herdeiros legítimos do doador que pretendam entrar na sucessão deste e não tenham sido dispensados de conferir os bens doados.

Com efeito, a colação pode ser dispensada pelo doador no próprio acto da doação, ou posteriormente (artigo 2113.º, 1). A doação será imputada na quota hereditária do donatário (artigo 2108.º, 1). Se não houver na herança bens suficientes para igualar todos os herdeiros, a doação terá de ser conferida, a partir do limite dessa impossibilidade, embora sem prejuízo de uma eventual redução por inoficiosidade.

Se a doação foi feita por conta da legítima, o donatário é obrigado a conferir todos os bens doados, para igualação da partilha para com os co-herdeiros. Se a doação tiver sido feita com dispensa da colação, é imputada na quota disponível e não tem de ser conferida. Se exceder essa quota, o excesso deverá ser imputado na legítima do donatário.

2.2.1 – O cônjuge sobrevivente e a colação

Um aspecto em que a posição sucessória do cônjuge sobrevivente parece demasiadamente favorecida, é a das doações sujeitas à colação.

Segundo o artigo 2104.º, os descendentes que pretendam entrar na sucessão do ascendente devem restituir à massa da herança, para igualação da partilha, os bens ou valores que lhes foram doados por aquele. Estão sujeitos à colação, os descendentes que eram à data da doação presuntivos herdeiros legítimos do doador (artigo 2105.º). Ao referir-se aos descendentes presuntivos herdeiros legítimos do doador, a lei quis, aparentemente, excluir da obrigação da colação o cônjuge sobrevivente.

Parece que esta conclusão, além de ser desrazoável, não parece ser imposta pela lei.

A colação assenta na presunção de que "de cuius", ao fazer em vida algumas liberalidades a um seu presuntivo herdeiro legítimo, não quis avantajá-lo em relação aos outros. Só terá pretendido antecipar-lhe alguns bens, por conta da sua quota hereditária.

Os ascendentes, presumivelmente não sobreviverão ao doador. Nestes termos, as doações de que tenham sido beneficiários, não se devem entender por conta de uma quota hereditária que, pela ordem natural das coisas, nunca virão a receber.

Compreendia-se que, antes de 1978, como só os ascendentes e descendentes eram herdeiros legítimos, só aos últimos o artigo 2104.º se referisse. O que se compreende menos é que, hoje, sendo o cônjuge herdeiro legítimo, não sejam chamadas à colação as doações de que ele beneficiou, pelo artigo 2104.º ser omissão em relação a ele. Contudo, para chegarmos a uma conclusão, teremos de determinar qual a intenção provável do doador.

Não terá sido, indubitavelmente, a de lhe permitir gozar, desde já, uma parte do que lhe virá a respeitar mais tarde. Esta fruição já lhe pertence, na medida em que os cônjuges usufruem conjuntamente o seu património.

Terá havido, então, objectivo de o avantajar perante os outros herdeiros legítimos? Não é de excluir "in limine" esta interpretação, que fundaria a exclusão destas doações do âmbito da colação. Contudo, creio que, em geral, a conclusão deverá ser outra.

Referi, oportunamente, que a reforma do Código Civil de 1978 assegurou ao viúvo a preferência ao domicílio conjugal e ao seu recheio. Visou-se repito, não lhe alterar a qualidade de vida a que estava habituado.

Ao fazer doações ao outro cônjuge, o doador terá tido uma intenção semelhante: a de lhe assegurar, por sua morte, a fruição de certos bens mais importantes para o nível de vida do casal, ou a que o outro estivesse sentimentalmente mais ligado. Terá querido preencher qualitativamente a legítima do outro cônjuge. Para obter este resultado, não será necessário eximir as referidas doações ao instituto da colação.

Nestes termos, por o cônjuge sobrevivente já estar suficientemente beneficiado, por não se poder presumir uma intenção do "de cuius" no sentido de o eximir da colação, por não se verificarem no caso os respectivos pressupostos, propendo a considerar que o cônjuge sobrevivente deve estar sujeito à colação pelas doações que lhe foram feitas pelo

"de cuius". Assim, a não inclusão do cônjuge sobrevivente na lista dos herdeiros sujeitos a colação, traduz uma lacuna, provocada pelo legislador de 1978. Este, ao incluir o cônjuge sobrevivente na lista dos herdeiros legítimos, "esqueceu-se" de o incluir, por identidade de razões, na lista dos herdeiros sujeitos a colação.

Bibliografia fundamental:

Pereira Coelho, *ob. cit.*, pp. 167 a 185.

L LIÇÃO

SUCESSÃO LEGÍTIMA E LEGITIMÁRIA

INTRODUÇÃO

Terminada a parte geral do Direito das Sucessões, início, com esta lição, a parte especial: sucessão legítima, sucessão legítimária, e sucessão testamentária — já que tratei da sucessão contratual logo no início.

Na lição que se segue, e que versa a sucessão legítima, indicarei fundamentalmente os pressupostos deste tipo de sucessão, a ordem dos sucessíveis e alguns princípios gerais.

Na segunda parte da lição, que versa a sucessão legítimária, descreverei a noção de legítima, a natureza jurídica da legítima, e indicarei os sucessíveis legítimários, apreciando “de iure constituendo” a sucessão do cônjuge sobrevivente; passarei à medida e ao cálculo da legítima, terminando com as medidas destinadas a proteger a legítima.

1 - SUCESSÃO LEGÍTIMA

1.1 - Pressupostos

A sucessão legítima abre-se quando não há testamento, ou o testador só dispôs de parte dos seus bens; mas também, quando o testamento não é válido, ou não é eficaz porque foi revogado ou caducou (artigo 2131.º do Código Civil).

Sobre o fundamento da sucessão legítima, ou seja, sobre as razões que levaram o legislador a consagra-la, têm-se defendido dois pontos de vista.

Segundo um, a sucessão legítima assentaria na vontade presumida do "de cuius". Atendendo à particular ligação afectiva que existirá entre o "de cuius" e os seus parentes mais próximos, sucessores legítimos, a lei, na falta de testamento, devolve os bens do autor da sucessão a esses parentes; como o autor da sucessão o teria feito se tivesse lavrado um testamento. Este testamento atribuiria os bens a esses parentes próximos, e pela ordem de proximidade de parentesco que seria também uma ordem de afectividade.

Parece, porém, que a verdadeira justificação se encontra nas raízes familiares do direito de propriedade. Tive ocasião de dizer, e de repetir, que o direito de propriedade é mais familiar do que individual. Os bens são gozados por um conjunto de parentes mais próximos do seu "proprietário", que têm uma expectativa de vir a recebê-los por morte deste. É do interesse social que assim seja, tanto mais que estes parentes próximos estão particularmente situados para poderem prover à conservação e administração dos bens sem cortes bruscos.

1.2 – Ordem da sucessão legítima. Princípios gerais

São herdeiros legítimos o cônjuge, os parentes e o Estado, pela ordem e segundo as regras constantes do presente título, determina o artigo 2132.º do Código Civil.

A ordem por que são chamados os herdeiros (sem prejuízo do disposto acerca da adopção) é a seguinte: cônjuge e descendentes; cônjuge e ascendentes; irmãos e seus descendentes; outros colaterais até ao quarto grau; Estado. O cônjuge sobrevivente integra a primeira classe de sucessíveis, salvo se o autor da sucessão falecer sem descendentes e deixar ascendentes, caso em que integra a segunda classe, conforme acabei de referir. O cônjuge não é chamado à herança se à data da morte do autor da sucessão se encontrar divorciado ou separado judicialmente de pessoas e bens, por sentença que já tenha transitado ou venha a transitar em julgado; ou ainda se a sentença de divórcio ou separação vier a ser proferida posteriormente àquela data nos termos do número três do artigo 1785.º (artigo 2133.º, 3).

Em matéria de sucessão legítima, existem três princípios fundamentais.

O princípio da preferência de classe significa que os herdeiros de cada uma das classes de sucessíveis preferem aos das classes imediatas (artigo 2134.º).

Segue-se o princípio da preferência de grau de parentesco dentro de cada classe: dentro de cada classe os parentes de grau mais próximo preferem aos de grau mais afastado (artigo 2135.º). Determina o princípio da sucessão por cabeça: os parentes de cada classe sucedem por cabeça ou em partes iguais, salvas as excepções previstas no Código (artigo 2136.º).

2 – SUCESSÃO LEGITIMÁRIA

2.1 – Noção de legítima. Natureza jurídica da legítima

Entende-se por legítima a porção de bens de que o testador não pode dispor, por ser legalmente destinada aos herdeiros legítimos (artigo 2156.º).

O artigo 2156.º descreve a legítima sob duas perspectivas: a do autor da sucessão e a dos herdeiros legítimos. Para o autor da sucessão, a legítima é a porção de bens de que não pode dispor, para os herdeiros legítimos, a legítima é a porção de bens que lhes é legalmente destinada. Coincidem, assim, as noções de *legítima* (para os herdeiros legítimos) e de *quota indisponível* (para o autor da sucessão).

Quanto à natureza jurídica da legítima, há que assentuar que esta não é o direito a uma *parte do valor dos bens* da herança, mas sim o direito a uma *parte dos bens* da herança. O herdeiro legítimo não é um simples credor da herança por uma quantia em dinheiro calculada sobre o valor desta; mas tem o direito a uma quota abstracta da herança. Este ponto de vista resulta, não só da definição de legítima como “porção de bem” (artigo 2156.º), como do princípio da intangibilidade da legítima (artigo 2163.º): o testador não pode designar os bens que devem preencher a legítima; bem como da circunstância de a redução das liberalidades inoficiosas se fazer em espécie (artigo 2174.º). Assim, quando se afirma que o “de cujus” deixara três casas no valor de três mil contos, os herdeiros legítimos têm direito a uma quota das *três casas*, embora susceptível de avaliação pecuniária, em termos de fracção dos três mil contos.

2.2 – Sucessíveis legítimos

São herdeiros legítimos o cônjuge, os descendentes e os ascendentes, pela ordem e segundo as regras estabelecidas para a sucessão legítima (artigo 2157.º do Código Civil).

A legítima do cônjuge, se não concorrer com descendentes nem ascendentes, é de metade da herança (artigo 2158.º). A legítima do cônjuge e dos filhos, em caso de concurso, é de dois terços da herança (artigo 2159.º, 1). Não havendo cônjuge sobrevivente, a legítima dos filhos é de metade ou dois terços da herança, conforme exista só um filho ou existam dois ou mais (artigo 2159.º, 2). Os descendentes do segundo grau e seguintes têm direito à legítima que caberia ao seu ascendente, sendo a parte de cada um fixada nos termos prescritos para a sucessão legítima (artigo 2160.º).

A legítima do cônjuge e dos ascendentes, em caso de concurso, é de dois terços da herança. Se o autor da sucessão não deixar descendentes nem cônjuge sobrevivente, a legítima dos ascendentes é de metade ou de um terço da herança, conforme forem chamados os pais ou os ascendentes do segundo grau e seguintes (artigo 2161.º).

2.2.1 – A sucessão do cônjuge

O estatuto sucessório do cônjuge, consagrado pela reforma do Código Civil de 1978, tem sofrido críticas por parte de importantes sectores da sociedade portuguesa e do meio jurídico.

Há que o apreciar, “de iure constituendo”, integrado na perspectiva global do estatuto patrimonial da família.

Como se sabe, o regime supletivo de bens previsto no Código Civil de 1867 era o da comunhão geral de bens. Consubstanciava-se numa comunhão entre os cônjuges, de todos os seus bens presentes e futuros, não exceptuados na lei (artigo 1108.º do Código Civil). No caso de morte ou de separação, os bens comuns seriam repartidos entre os cônjuges, ou seus herdeiros, com a devida igualdade (artigo 1123.º).

Para compreender o estatuto patrimonial do cônjuge nos quadros do direito patrimonial da família tinha de se combinar o regime de bens supletivo, a comunhão geral, com o estatuto sucessório desse cônjuge.

A comunhão geral de bens permitia uma adequada protecção do cônjuge sobrevivente. A sobrevivência deste, a um nível de vida equiparável ao anterior, parecia ser assegurada através da sua meação nos bens comuns.

Sob o ponto de vista sucessório, a ordem legal da sucessão legítima colocava primeiro os descendentes, seguidos dos ascendentes, dos irmãos e seus descendentes, do cônjuge sobrevivente e dos outros colaterais até ao sexto grau (artigo 1969.º). Esta óptica parecia justificar-se numa lógica de conjunto. O viúvo já estava garantido pela sua meação nos bens do casal; além disso, a lei atribuía-lhe o usufruto da totalidade da herança se esta fosse devolvida aos irmãos ou seus descendentes (artigo 2003.º, parágrafo único); o usufruto de metade da herança, se esta competisse aos ascendentes ilegítimos (artigos 1995.º e 1999.º). Tratava-se, porém, de um legado legítimo eliminável por testamento.

Nos casos em que os direitos derivados do regime de bens não assegurassem a sobrevivência do viúvo, este teria duas faculdades: pedir alimentos aos seus descendentes (artigo 172.º), que seriam normalmente herdeiros do cônjuge pré-defunto; exercer o seu direito de apuramento, garantido pelos rendimentos da herança do cônjuge falecido (artigo 1231.º) e exercitável contra quem quer que tenha beneficiado da herança (artigo 1232.º, parágrafo único).

Nestes quadros pode afirmar-se que a protecção do cônjuge sobrevivente era garantida através do seu direito de propriedade sobre metade dos bens comuns, que coincidiriam com o património do casal. O Código Civil de 1966 veio estabelecer a comunhão de adquiridos como regime supletivo, por razões que já indiquei.

Contudo, o cônjuge continua a não ser herdeiro legítimo, categoria reservada aos ascendentes e descendentes (artigo 2157.º).

É, porém, herdeiro legítimo – em quarta posição, depois dos descendentes, ascendentes, dos irmãos e seus descendentes, e antes dos outros colaterais até ao sexto grau (artigo 2133.º). Se a sucessão fosse dividida aos irmãos e seus descendentes, o cônjuge sobrevivente teria direito, como legatário legítimo, ao usufruto vitalício da herança (artigo 2146.º).

O saldo do Código de 1966, em relação ao de 1867, era, assim, nitidamente desfavorável ao cônjuge sobrevivente. Este perdia a sua meação da globalidade do património conjugal e mantinha uma posição sucessória apagada, substancialmente idêntica à anterior.

Creio, porém, que a realidade social nos leva a não ser severos para com o legislador de 1966.

Um Código Civil tem que ser elaborado com vista ao longo prazo. E qual era a evolução da família que já se desenhava em Portugal?

A estabilidade dos patrimónios encontra-se progressivamente comprometida na sociedade contemporânea. O nível de vida das famílias é mais assegurado pelos rendimentos do trabalho, do que pelo que se venha a receber granitariamente. A sobrevivência económica do viúvo assentará cada vez mais na sua capacidade de trabalho, na Segurança Social, e no que tenha adquirido em conjunto com o cônjuge pré-morto através dos esforços de ambos. Deste modo, os interesses e as expectativas dos cônjuges assentarão sobretudo na massa comum dos adquiridos.

É certo, porém, que a família se centrava progressivamente na família conjugal, com os cônjuges constituindo, não tanto um núcleo central, pois sempre o tinham sido, mas quase que o núcleo exclusivo, o que exigia uma consideração particularmente cuidadosa dos laços entre eles. O tecido entre pais e filhos apresentava uma textura mais débil. A convivência era menor; os filhos saíam mais cedo de casa e mudavam mais frequentemente e para localidades diversas. Cada cônjuge aparecia, não só nos princípios mas também na realidade, o familiar mais próximo do outro.

Sobre este ponto de vista, o regime supletivo parecia não traduzir fielmente a realidade social, não acentuando suficientemente o maior peso relativo do núcleo conjugal.

Mas este desfasamento era facilmente colmatado. Eram relativamente frequentes os casos em que os cônjuges dispunham, por testamento, da sua quota disponível a favor do outro (com consequências fiscais pesadas, embora). Se o casamento se dissolvesse por morte, o viúvo teria ao seu dispor uma parte importante — quando não a mais vultosa — do património familiar. No caso de crise, o testamento seria revogado, e o locupletamento evitado.

Assim se obtinha, na vida quotidiana, através da combinação do regime de bens, da posição sucessória do cônjuge sobrevivente e da sucessão testamentária, um estado de coisas que se ia adaptando flexivelmente à evolução dos costumes, por muitas críticas de que fosse passível no plano dos princípios.

Flexibilidade e adaptação à vida quotidiana que eram frontalmente contrariadas pela extrema rigidez com que o legislador entendia a insti-

tução do casamento e a sua dissolução, estabelecendo toda a espécie de barreiras, injustificáveis já para a época, à dissolução do casamento.

Com a reforma do Código Civil de 1978 foi introduzida uma significativa alteração no estatuto sucessório do cônjuge.

Na ordem da sucessão legítima, o cônjuge, acabei de o referir, passa para as primeira e segunda classes, em concorrência com os descendentes e os ascendentes, e em prejuízo dos colaterais.

O cônjuge ocupa uma posição privilegiada, mesmo em relação aos descendentes. Assim, o artigo 2139.º dispõe que a partilha entre os cônjuges e os filhos se faz por cabeça, dividindo-se a herança por tantas partes quantos forem os herdeiros. Mas a quota do cônjuge não pode ser inferior a uma quarta parte da herança.

Esta vantagem acentua-se perante os ascendentes. Se não houver descendentes e o autor da sucessão deixou cônjuge e ascendentes, ao cônjuge pertencerão duas terças partes e aos ascendentes uma terça parte da herança (artigo 2142.º).

Na falta de descendentes e ascendentes, o cônjuge é chamado à totalidade da herança (artigo 2144.º).

Mas, além de herdeiro legítimo em posição privilegiada, o cônjuge sobrevivente é também herdeiro legítimo. Assim, o artigo 2157.º dispõe que são herdeiros legítimos, o cônjuge, os descendentes e os ascendentes, pela ordem e segundo as regras estabelecidas para a sucessão legítima. O que transfere para a sucessão legítima a posição privilegiada do cônjuge herdeiro legítimo.

A legítima do cônjuge, se este não concorrer com descendentes nem ascendentes, é de metade da herança (artigo 2158.º). A legítima do cônjuge e dos filhos, em caso de concurso, é de dois terços da herança. Como, se não houver cônjuge sobrevivente, a legítima dos filhos é de metade ou dois terços da herança, conforme haja um só filho, ou dois ou mais; verifica-se que o cônjuge sobrevivente, enquanto herdeiro legítimo isolado, é colocado em posição de igualdade com os filhos.

Na hipótese de concurso entre cônjuge e ascendentes, a legítima é de dois terços da herança (artigo 2161.º). Se o autor da herança não deixar descendentes nem cônjuge sobrevivente, a legítima dos ascendentes é de metade ou de um terço da herança, conforme forem chamados os pais ou os ascendentes do segundo grau ou seguintes (artigo 2161.º). O cônjuge isolado, é assim, equiparado aos pais do “de cuius” no seu conjunto.

Além do que fica dito, o cônjuge tem o direito a ser encabeçado em certos direitos. São eles o direito de habitação da morada da família e o direito de uso do respectivo recheio (artigo 2103.º-A). Deverá tornar aos co-herdeiros se o valor recebido exceder o da sua parte sucessória e meação se a houver.

Na mesma orientação, o artigo 1111.º vem atribuir preferencialmente o cônjuge sobrevivente a posição de inquilino da casa de habitação comum de que era arrendatário o cônjuge defunto.

Um aspecto em que a posição do cônjuge sucessório estaria particularmente favorecida, seria o das despesas sujeitas a colação, se entendermos que ele não é obrigado a restituir à massa da herança, para igualação da partilha, os bens ou valores que lhe foram doados pelo "de cuius". A dispensa de colação avantajá-lo-ia claramente perante os descendentes sujeitos à colação.

A nova situação sucessória do cônjuge sobrevivente necessita de uma análise detalhada que suscitará, em meu entender, algumas críticas.

Não há que pôr em causa a consideração de cada cônjuge como o familiar mais próximo do outro, com todas as consequências, nomeadamente patrimoniais, que daí derivam. Sempre assim foi, pelo menos no plano social, como demonstrei no início destas lições.

Mas a definição do estatuto patrimonial dos cônjuges joga com interesses e levanta problemas pertencentes ao Direito da Família e das Sucessões que têm de ser harmonizados. Os pontos de vista patrimonial e pessoal, as noções de família e de casal — com todos os interesses subjacentes —, a afeição entre esposos e para com os filhos, a necessidade de manter a linhagem familiar e de assegurar a sobrevivência do viúvo, etc., serão outros tantos pontos de referência.

Mais proximamente, haverá que conexionar estreitamente o regime de bens do casamento com o estatuto sucessório do cônjuge sobrevivente. Estudo que tem o seu lugar adequado nesta cadeia, em que se combinam o Direito da Família e o Direito das Sucessões.

Creio que a posição sucessória do cônjuge sobrevivente é, no actual Direito Português, contraditória com alguns dos interesses familiares com relevância social, bem como com o regime supletivo de bens, incluindo alguns dos interesses que estão na base deste.

A introdução do regime da comunhão de adquiridos, em substituição da comunhão geral de bens, foi, desde logo, o resultado da verificação de um certo afrouxamento dos laços pessoais entre os cônju-

ges — ou, pelo menos, da consideração de que estes laços se afrouxavam ou se dissolviam num número muito significativo de casos. Foi, sem dúvida, mais proximamente, o produto de dois objectivos: o de evitar que o casamento se transforme num meio de adquirir, e o de impedir que os bens mudem de linhagem.

A não alteração, em 1978, do regime supletivo de bens, terá significado que aquelas razões se mantinham válidas.

Sucede que o novo estatuto sucessório do cônjuge sobrevivente, parece contrariar as razões que estão na base da manutenção do regime supletivo da comunhão de adquiridos. Com efeito, vem reafirmar uma espessura do tecido familiar do núcleo conjugal, que o regime supletivo de bens negou. E que as medidas tomadas nos últimos anos quanto à liberação do divórcio (embora insuficientes) também negam.

O casamento-instituição tradicional, moldado e sustentado em larga medida pelas pressões sociais — o direito aqui compreendido — é posto em causa em benefício do casamento-contrato. O novo casamento "valerá o que valerem os cônjuges". O seu fim estará, (ou deveria estar) sem constrangimentos externos, nas mãos dos interessados.

Como aceitar, assim, que este casamento "valha necessariamente" uma herança? O momento foi mal escolhido, pelo seu contexto, para favorecer tão rigidamente o cônjuge sobrevivente.

Concordo em que o viúvo poderá ter colaborado na produção e conservação dos bens, pelo que lhe deverá competir uma parte deles. Mas trata-se de um argumento a situar na problemática do regime de bens. A colaboração na produção de bens já é contemplada na comunhão de adquiridos.

A desinstitucionalização do casamento deveria levar ao afrouxamento dos laços jurídicos entre os cônjuges, através de uma redução ou eliminação dos bens comuns e dos poderes de administração também comuns. Mas deveria determinar também o esbatimento, ou mesmo a supressão, dos direitos sucessórios imperativos do cônjuge sobrevivente. Transformar um cônjuge em herdeiro forçado do outro é, ao arripio das tendências que temos vindo a descrever e da lógica, acentuar ainda mais a comunhão patrimonial perante um casamento cada vez mais flexível e cada vez mais temporário.

O sistema sucessório vigente é passível ainda de outra crítica. O casamento, dissolvido por morte, é causa de aquisição patrimonial.

Resuscita-se, sucessoriamente, o casamento-negócio. O que foi, sem dúvida, um resultado que o legislador quis evitar com a eliminação da comunhão geral como regime supletivo. Hoje será necessário esperar mais um pouco: em vez de se adquirir com o casamento, herda-se, necessariamente, com o falecimento do outro cônjuge.

Aliás, a norma em causa vai permitir claras fraudes a outras disposições.

Segundo o artigo 1720.º, 1, b), o casamento, celebrado por quem tenha completado sessenta anos de idade, considera-se sempre contraído sob o regime de separação de bens. Visa-se, deste modo, salvar o interesse dos nubentes de idade avançada, talvez senilmente generosos para com o outro esposado. E, além disso, pretende-se evitar os casamentos por interesse, avivado este pela presumível morte próxima do cônjuge mais abastado.

Sucede, porém, que se abriu largamente a janela sucessória aos casamentos por interesse: agora, o nubente interessado é herdeiro legítimo, e se não houver descendentes nem ascendentes, herdará mesmo tudo. Bastar-lhe-á um pouco de paciência.

Finalmente, a reserva hereditária do cônjuge sobrevivo vem contrariar outra das finalidades do regime da simples comunhão de adquiridos: evitar que os bens mudem de linhagem. Suponha-se a seguinte situação: João casado com Maria, falece, havendo filhos comuns. Parte do património de João transmite-se para Maria. Esta volta a casar-se. O seu novo cônjuge, bem como os filhos comuns, vão herdar necessariamente parte dos bens da Maria, que eram bens do João. Não me parece que estas soluções sejam convenientes, e aceites pela maioria da população portuguesa.

A protecção do cônjuge sobrevivo é um interesse socialmente legítimo, mas que deve ser assumido em termos sociais. Resultará, antes de mais, do regime de bens que os cônjuges tenham decidido livremente estabelecer. Já fiz observações quanto ao inconveniente dos regimes de comunhão, mas não julgo adequado, neste momento histórico, impedir os cônjuges de os convencionarem.

Essa protecção resultará, seguidamente, das deixas testamentárias que um dos cônjuges entenda fazer ao outro. Também já deixei claro o meu ponto de vista no sentido de que a liberdade de testar deve ser o mais vasta possível, devendo-se restringir até desaparecer a sucessão legítima.

Finalmente, a Segurança Social deverá intervir para socorrer as pessoas que não possam assegurar a sua subsistência com os bens próprios (adquiridos pelo seu trabalho ou herdados) ou pelo seu trabalho.

Julgo que ir-se mais longe do que estas regras, contrariará o sentido actual do casamento. Deixar que o casamento valha, sob o ponto de vista pessoal, que é o mais importante, o que os cônjuges quiserem; e impôr consequências patrimoniais rígidas, nomeadamente no aspecto sucessório, parece-me uma contradição inaceitável jurídica e socialmente.

2.4 – Cálculo da legítima: procedimento

A legítima é, já o referi, uma certa quota da herança. Mas... uma quota de quê? O que é a herança para efeitos de cálculo da legítima?... são os bens deixados?... os bens deixados, mais alguma coisa? Se for só os bens deixados, a expectativa dos herdeiros legítimos aos bens de que o "de cuius" era proprietário em vida (mais precisamente, a uma quota desses bens) poderá ser destruída pela disposição a título gratuito desses bens durante a vida do "de cuius".

O artigo 2162.º fixa a massa de cálculo da legítima: para o cálculo da legítima, deve atender-se ao valor dos bens existentes no património do autor da sucessão à data da sua morte, ao valor dos bens doados, às despesas sujeitas à colação e às dívidas da herança. A legítima é, assim, uma certa quota da massa de cálculo assim obtida.

O cálculo da legítima faz-se segundo o procedimento que passo a enunciar.

Antes de mais, e como fase anterior e pré-suposta, há que determinar quais são os herdeiros legítimos, e a que título sucedem (direito de representação, por exemplo).

Depois de determinados os herdeiros legítimos, seguem-se quatro operações: avaliação dos bens deixados; dedução das dívidas da herança; restituição fictícia dos bens doados e despesas sujeitas à colação; imputação das liberalidades feitas por conta da legítima.

A dedução das dívidas da herança deve fazer-se dos bens deixados e só deles. Não deve fazer-se da soma dos bens deixados com os bens doados, pois os credores hereditários não podem pagar-se com estes últimos. Os bens doados, que entram para o cálculo da massa da herança, constituem uma espécie de reserva hereditária que virá a fun-

dar e a constituir a legítima dos herdeiros legítimos. Ao referir a restituição fictícia dos bens doados, acentua-se que a herança, para efeitos de cálculo da legítima, é constituída pelos bens deixados e também pelos bens doados, ou seja, pelos "relictos" e pelos "donatários".

Avaliados os bens deixados, deduzidos destes as dívidas da herança; e restituídos ficticiamente os bens doados e as despesas sujeitas a colação, para efeitos de cálculo da massa da herança, tem-se a massa de cálculo sobre a qual se vai calcular a legítima. A legítima será, já o referi, uma certa quota, um terço, dois terços, desta massa de cálculo. Trata-se, ainda, da legítima global que há que distribuir pelos diversos herdeiros legítimos, nas quotas que a lei assinala. Porém, para se determinar que parte dos bens deixados que vai caber concretamente a cada herdeiro legítimo, têm que se imputar na sua legítima as liberalidades com que o autor da sucessão o tenha beneficiado. E só se vai atribuir a este herdeiro o excesso da sua quota em relação a estas liberalidades, se houver excesso. É a operação da colação que já referi no seu lugar próprio. Sublinhe-se, a este propósito, que, se não houver lugar à colação pelo facto de o donatário repudiar a herança sem ter descendentes que o representem, a doação é imputada na quota indisponível.

2.5 – Protecção da legítima

2.5.1 – Intangibilidade da legítima

O testador não pode impôr encargos sobre a legítima, ou designar os bens que a devem preencher, contra a vontade do herdeiro (artigo 2163.º). Já referi que a intangibilidade da legítima é um dos elementos que funda a concepção da legítima como parte da herança, e não como parte do valor da herança.

2.5.2 – Cautela sociniana

A cautela sociniana consiste na faculdade concedida aos herdeiros legítimos, no caso de o testador ter deixado usufruto ou ter constituído pensão vitalícia que venha atingir a legítima, de cumprir

rem o legado ou entregarem ao legatário só a quota disponível (artigo 2164.º do Código Civil).

2.5.3 – Legado por conta e legado em substituição da legítima

No caso de o "de cuius" ter feito um legado a algum dos seus herdeiros legítimos, há a distinguir duas hipóteses.

O testador pode ter deixado certos bens para avançar um dos herdeiros legítimos perante os outros. Neste caso, trata-se de um legado por conta da quota disponível, que vai ser retirado da quota disponível, repartindo-se entre herdeiros o restante.

Mas pode suceder que o testador tenha querido preencher com os bens legados, total ou parcialmente, a legítima do herdeiro. Neste caso trata-se de um legado por conta da legítima. O testador terá querido unicamente que aqueles bens fiquem a pertencer ao legatário, em virtude do particular afecto que este tem em relação a estes bens, ou por causa da presumível maior capacidade que ele terá em administrá-los. O testador pode preencher a legítima de um de seus herdeiros com determinados bens, desde que este aceite esse preenchimento. Caso contrário, o princípio da intangibilidade da legítima proibirá a imposição de um legado por conta da legítima.

Há que distinguir o legado por conta da legítima, do legado em substituição da legítima (artigo 2165.º).

No legado por conta da legítima, o herdeiro legítimo continua com o direito à legítima, apesar de ter aceite o legado. Se o legado não tiver preenchido a legítima do herdeiro, este terá direito àquilo que falte para o preenchimento integral da sua legítima.

No caso de legado em substituição da legítima, o legatário que tenha aceite o legado nestes termos perde o direito à legítima (artigo 2165.º, 2). Do mesmo modo, a aceitação da legítima envolve a perda do direito ao legado, por se entender que o herdeiro preferiu a legítima ao legado que vinha em sua substituição. Também aqui não há uma imposição de um legado ao herdeiro legítimo, o que iria contra o princípio da intangibilidade da legítima, mas tão só uma proposta que o herdeiro pode aceitar ou não.

No caso do legado em substituição da legítima, o legatário que o aceite, deixará de ser herdeiro legítimo para numerosos efeitos:

nomeadamente, não poderá exigir partilha, não será responsável pelos encargos da herança, etc.. Mas já poderá, por exemplo, beneficiar do direito de crescer, como qualquer herdeiro.

2.5.4 – Redução por inoficiosidade. Noções gerais

São inoficiosas as liberalidades, entre vivos ou por morte, que ofendam a legítima dos herdeiros legítimos (artigo 2168.º). Tais liberalidades são redutíveis, a requerimento dos herdeiros legítimos ou dos seus sucessores, no que for necessário para que a legítima seja preenchida (artigo 2169.º). A redução abrange, em primeiro lugar, as disposições testamentárias a título de herança; em segundo lugar, os legados; e, por último, as liberalidades que hajam sido feitas em vida do autor da sucessão (artigo 2171.º).

Se bastar a redução das disposições testamentárias, esta será feita proporcionalmente, tanto no caso de deixas a título de herança, como a título de legado. No caso, porém, de o testador ter declarado que determinadas disposições devem produzir efeito de preferência a outras, as primeiras só serão reduzidas se o valor integral das restantes não for suficiente para o preenchimento da legítima. Gozam de igual preferência as deixas remuneratórias (artigo 2172.º).

Se for necessário reduzir as liberalidades feitas em vida, comece-se-á pela última, no todo ou em parte, e assim sucessivamente. Havendo diversas liberalidades feitas no mesmo acto ou na mesma data, a redução será feita entre elas rateadamente (artigo 2173.º).

A acção de redução de liberalidades inoficiosas caduca dentro de dois anos, a contar da aceitação da herança pelo herdeiro legítimo.

Bibliografia fundamental:

Pereira Coelho, *ob. cit.*, pp 187 e segs.; Oliveira Ascensão, *ob. cit.*, pp. 338 a 397.

ÍNDICE

Prefácio.....	7
Plano do curso sintético	11
Introdução	
I LIÇÃO	
Noção jurídica actual da família. O campo do direito da família e das sucessões	15
Introdução	17
1 – Noção jurídica de família	19
2 – O Direito da Família e o Direito das Sucessões	28
II LIÇÃO	
A família como problema normativo	31
Introdução	33
1 – A família e o casamento como instituições de interesse público: o direito público da família	35
2 – A diminuição dos problemas normativos da família: o direito privado da família	41
III LIÇÃO	
A família como entidade social	49
Introdução	51
1 – A família tradicional: família alargada ou família conjugal?	53
2 – Funções da família	58
Conclusão	64
IV LIÇÃO	
Evolução histórica do Direito da Família (em sentido lato)	67
Introdução	69
1 – Período que decorre até ao século XII: o Direito Romano; as tentativas posteriores de instituição nalização do casamento	71
2 – A invenção do direito matrimonial	76
V LIÇÃO	
A desinstitucionalização da família: do direito público ao direito privado	83
Introdução	85

1 - O fracionamento da família: o desaparecimento da autoridade do pai-chefe	87
2 - A nova família - a destruição da tradição e da dominação	91

VII LIÇÃO

Princípios constitucionais do Direito da Família	97
Introdução	99
1 - Direitos de ser humano (direitos da pessoa no sentido tradicional)	101
2 - Direitos dos membros da família perante o Estado	108
3 - Outros direitos constitucionais	111

VIII LIÇÃO

Fontes do Direito da Família	113
Introdução	115
1 - A lei	117
2 - O papel do juiz e do Doutor	122

VIII LIÇÃO

Caracteres do Direito da Família	125
1 - Direito civil ou direito público: o núcleo tradicional esvaziado	127
2 - Institucionalismo	129
3 - Coexistência, na ordem jurídica portuguesa, de direito estadual e de direito canónico na disciplina da relação matrimonial	131
4 - Permeabilidade do direito da família às transformações sociais	132
5 - Afectação de certas questões do direito da família a tribunais de competência especializada	133

IX LIÇÃO

Caracteres dos direitos familiares	135
Introdução	137
1 - Os direitos familiares pessoais como direitos funcionais	139
2 - Fragilidade da garantia	141
3 - Carácter duradouro dos estados de família	143
4 - Relatividade. O carácter relativo	144
5 - Tipicidade dos direitos familiares	145

I PARTE

As relações pessoais na família

1

As relações pessoais dos cônjuges. Constituição, modificação e extinção do estado de casado

X LIÇÃO

Constituição da relação matrimonial (o casamento como acto)	149
Introdução	151

A - O casamento católico	151
1 - O casamento católico numa antropologia aberta	153
2 - O direito do casamento católico	159
B - O casamento civil	163

XI LIÇÃO

O casamento civil e o casamento católico: os sistemas matrimoniais	165
Introdução	167
1 - Os sistemas matrimoniais	169
2 - A evolução do sistema matrimonial em Portugal	172

XII LIÇÃO

Caracteres do casamento como acto e como estado	179
Introdução	181
1 - Caracteres do casamento como acto	183
2 - Caracteres do casamento como estado	187

XIII LIÇÃO

O casamento como contrato: requisitos de fundo	189
Introdução	191
1 - O consentimento	193
2 - Capacidade	201

XIV LIÇÃO

O casamento como contrato (continuação). Requisitos de fundo	203
Introdução	205
1 - Requisitos gerais de forma	207
2 - Especialidades	210

XV LIÇÃO

Invalidez do casamento	215
Introdução	217
1 - Inexistência do casamento	219
2 - Anulabilidade do casamento. O casamento putativo	221

XVI LIÇÃO

O casamento católico: consentimento e capacidade; forma; nulidade	227
Introdução	229
1 - Consentimento. Capacidade. Forma	231
2 - Registo do casamento: a transcrição	237

XVII LIÇÃO

Efeitos pessoais do casamento	239
Introdução	241
1 - Igualdade de direitos e deveres dos cônjuges e direcção conjunta da família	243
2 - Afectação do estado dos cônjuges	245

XXVIII LIÇÃO	249
Deveres dos cônjuges	
Introdução	251
1 - Dever de coabitação	253
2 - Dever de fidelidade	255
3 - Cooperação	256
XIX LIÇÃO	
Deveres dos cônjuges (continuação)	257
4 - Dever de assistência	259
5 - Dever de respeito	261
XX LIÇÃO	
Modificação e extinção da relação matrimonial	263
Introdução	265
1 - A questão do divórcio	267
2 - Evolução da história do divórcio	270
XXI LIÇÃO	
Modificação e extinção da relação matrimonial (continuação)	273
Introdução	275
1 - Separação judicial de pessoas e bens	277
2 - Extinção da relação matrimonial	281
3 - A morte como causa da dissolução do casamento	283
4 - Direito civil	284
XXII LIÇÃO	
Divórcio	287
Introdução	289
1 - O divórcio por mútuo consentimento	293
2 - O divórcio litigioso	295
XXIII LIÇÃO	
Efeitos do divórcio, extinção da relação matrimonial	301
Introdução	303
1 - Extinção dos efeitos do casamento	305
2 - Efeitos do casamento mesmo depois do divórcio	309
3 - Data a partir da qual se produzem os efeitos do divórcio	313
XXIV LIÇÃO	
A filiação como problema jurídico	317
Introdução	319
1 - O estabelecimento da filiação	321
2 - As relações entre pais e filhos (evolução)	322

XXV Lição	325
A filiação como problema social	
1 - As tecnologias da reprodução artificial	327
2 - A reprodução artificial e o direito da filiação	331
XXVI LIÇÃO	
Estabelecimento da maternidade	335
Introdução - Estabelecimento da paternidade e da maternidade	337
1 - Estabelecimento da maternidade através da menção desta no registro de nascimento do filho. Declaração de maternidade	339
2 - Averiguação oficiosa da maternidade. Reconhecimento judicial da maternidade	342
XXVII LIÇÃO	
Estabelecimento da paternidade	345
Introdução	347
1 - Presunção da paternidade do marido da mãe. Impugnação da paternidade	349
2 - Perfilhagem e averiguação oficiosa da paternidade	353
XXVIII LIÇÃO	
Estabelecimento da paternidade (continuação)	355
Introdução	357
1 - Averiguação oficiosa da paternidade	359
2 - Reconhecimento judicial	361
3 - Alimentos provisórios	363
XXIX LIÇÃO	
Efeitos da filiação	365
Introdução	367
1 - Princípios gerais	369
2 - Inibição e limitação ao exercício do poder paternal	372
II PARTE	
As relações patrimoniais da família	
I	
Os regimes de bens no casamento	
XXX LIÇÃO	
Efeitos patrimoniais do casamento. O regime de bens. Princípios fundamentais	377
Introdução	379
1 - O regime de bens e as convenções ante-nupciais características das convenções ante-nupciais	381
2 - Requisitos da convenção ante-nupcial	386

XXXI LIÇÃO	
Regimes de bens típicos	389
Introdução	391
1 – Regimes de comunhão	393
2 – Comunhão geral	401
3 – Separação de bens	402
4 – O consentimento conjugal e o seu suprimento	403
XXXII LIÇÃO	
A escolha do regime de bens supletivo	405
Introdução	407
1 – O Código Civil de 1867	409
2 – O Código Civil de 1966 e o regime da comunhão de adquiridos	411
Conclusão	415
XXXIII LIÇÃO	
Administração dos bens dos cônjuges	417
Introdução	419
1 – Administração dos bens	421
2 – Poderes do cônjuge administrador e do cônjuge não administrador	422
3 – Observações à administração ordinária por cada um dos cônjuges dos bens comuns	423
XXXIV LIÇÃO	
Responsabilidade por dívidas dos cônjuges	425
Introdução	427
1 – Responsabilidade pelas dívidas	429
2 – Dívidas de exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges	432
3 – Compensações devidas pelo pagamento de dívidas do casal	434
4 – Responsabilidade por dívidas no caso de separação de facto	435
2	
Direito das Sucessões	
XXXV LIÇÃO	
História e fundamento do fenómeno jurídico sucessório	439
Introdução	441
1 – Evolução histórica do direito das sucessões	443
2 – O fundamento da sucessão	445
XXXVI LIÇÃO	
Conceitos de sucessão	449
Introdução	451
1 – A sucessão como aquisição derivada translativa	453
2 – “Sucessão” e “aquisição”: compensação da sucessão “mortis causa” à luz do conceito romanista de “sucessão”. Distinção entre herdeiro e legatário	455

XXXXVII LIÇÃO	
As várias espécies de sucessão por morte: sucessão legítima; sucessão legiti- mária; sucessão testamentária; sucessão contratual. As fontes do direito das sucessões	459
Introdução	461
1 – As várias espécies de sucessões por morte	463
2 – Fontes do Direito das Sucessões	468
XXXXVIII LIÇÃO	
A morte como pressuposto da sucessão	471
Introdução	473
1 – A morte	475
2 – Prova da morte	478
XXXXIX LIÇÃO	
O processo sucessório	481
Introdução	483
1 – Descrição das diversas fases do processo sucessório	485
2 – Análise dos momentos necessários do processo sucessório	486
XL LIÇÃO	
Abertura da sucessão. Vocações sucessórias. Designação sucessória	489
Introdução	491
1 – Abertura da sucessão	493
2 – Vocações e designação sucessórias	495
XLI LIÇÃO	
Consistência da designação sucessória	497
Introdução	499
1 – Sucessão testamentária e sucessão legítima	501
2 – Sucessão legítima	502
XLII LIÇÃO	
Pressupostos da vocação	505
Introdução	507
1 – Prevalência da designação sucessória	509
2 – Existência e capacidade sucessória do chamado	510
XLIII LIÇÃO	
Pressupostos da vocação: capacidade sucessória	517
1 – Capacidade sucessória	519
2 – Incapacidade sucessória	521
XLIV LIÇÃO	
Modos de vocação	525
Introdução	527

- 1 – Vocação pura e simples e vocação condicional 529
- 2 – Vocação directa e indirecta, originária e subsequente 530

XLV LIÇÃO

- Conteúdo da vocação sucessória e objecto da devolução sucessória 541
- Introdução 543
- 1 – Conteúdo da vocação sucessória 545
- 2 – Objecto de devolução sucessória 547

XLVI LIÇÃO

- Objecto da devolução sucessória – hereditabilidade do direito de indemnização 549
- Introdução 551
- 1 – Indemnizabilidade dos danos patrimoniais e não patrimoniais e hereditabilidade do respectivo direito 553
- 2 – O problema da indemnizabilidade do dano da morte, e da hereditabilidade do respectivo direito de indemnização 555

XLVII LIÇÃO

- Indemnização do dano da morte. Hereditabilidade da indemnização do dano da morte 559
- 1 – Indemnizabilidade do dano da morte 561
- 2 – Hereditabilidade da indemnização pelo dano da morte. O enquadramento técnico-jurídico da indemnização e da sua hereditabilidade 567

XLVIII LIÇÃO

- Herança jacente e aquisição sucessória 571
- Introdução 573
- 1 – Herança jacente 575
- 2 – Aquisição sucessória: acção e repúdio da herança 577

XLIX LIÇÃO

- Os encargos da herança e sua liquidação. Partilha da herança 581
- Introdução 583
- 1 – Encargos da herança e sua liquidação 585
- 2 – Partilha 587

L LIÇÃO

- Sucessão legítima e legitimária 593
- Introdução 595
- 1 – Sucessão legítima 597
- 2 – Sucessão legitimária 599

